



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

Processo nº	15374.002235/2008-21
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	3302-002.842 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de	24 de fevereiro de 2015
Matéria	PIS COFINS DCOMP CRÉDITO RECONHECIDO EM AÇÃO JUDICIAL
Recorrente	XEROX COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/07/1999

ÔNUS DA PROVA

Incumbe à contribuinte o ônus da prova quanto ao fato constitutivo de direito a crédito tributário alegado como indevidamente recolhido.

AFRONTA À COISA JULGADA. INEXISTÊNCIA.

Afasta-se a hipótese de afronta à coisa julgada quando se constata inexistir coincidência entre a decisão proferida de maneira incidental pelo STF no Recurso Extraordinário interposto pela contribuinte na ação mandamental por ela impetrada e a matéria sob litígio administrativo.

COMPENSAÇÃO. REQUISITOS.

Nos termos do art. 170 do CTN, somente são passíveis de compensação os créditos líquidos e certos do sujeito passivo contra a Fazenda Pública.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/07/1999

BASE DE CÁLCULO. RECEITAS DE LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS. ALCANCE DA EXPRESSÃO RECEITA BRUTA.

A base de cálculo do PIS, ainda que entendida como a receita bruta derivada exclusivamente das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, corresponde à receita bruta operacional auferida no mês proveniente do exercício de sua atividade-fim.

LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS

A receita decorrente da locação de bens móveis que constitua objeto da atividade econômica da contribuinte integra a base de cálculo do PIS e da Cofins.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/07/1999

LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS A receita decorrente da locação de bens móveis que constitua objeto da atividade econômica da contribuinte integra a base de cálculo do PIS e da Cofins.

BASE DE CÁLCULO. RECEITAS DE LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS. ALCANCE DA EXPRESSÃO RECEITA BRUTA.

A base de cálculo da COFINS, ainda que entendida como a receita bruta derivada exclusivamente das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, corresponde à receita bruta operacional auferida no mês proveniente do exercício de sua atividade-fim.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto da relatora. Vencidos os conselheiros Cláudio Monroe Massetti e João Alfredo Eduão Ferreira que excluíam a receita de locação de bens móveis da base de cálculo do PIS e da Cofins.

(Assinado digitalmente)

WALBER JOSÉ DA SILVA - Presidente.

(Assinado digitalmente)

MARIA DA CONCEIÇÃO ARNALDO JACÓ – Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Walber José da Silva (Presidente), Paulo Guilherme Déroulède, Jonathan Barros Vita, Cláudio Monroe Massetti, João Alfredo Eduão Ferreira.e Maria da Conceição Arnaldo Jacó.

Relatório

O presente processo administrativo foi formalizado com a finalidade de dar tratamento manual às Declarações de Compensação transmitidas em janeiro, fevereiro e março de 2007, abaixo citadas, todas vinculadas à Ação Judicial nº 99.0002937-2 e apresentadas depois do deferimento da Solicitação de Habilitação do crédito, cujo valor atualizado do crédito inicial nelas informado foi de R\$ 235.619.129,05:

- 1) 21488.95589.150107.1.3.57-8794,
- 2) 14090.51915.170107.1.3.57-3447,
- 3) 04959.79022.150207.1.3.57-2012 e

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 06/03/2015 por MARIA DA CONCEICAO ARNALDO JACO, Assinado digitalmente em 06/03/2015 por MARIA DA CONCEICAO ARNALDO JACO, Assinado digitalmente em 10/03/2015 por WALBER JOSE DA SILVA

Impresso em 12/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

4) 36603.43024.150307.1.3.57-0311.

Conforme se extraí do Despacho de e-fl 62, a referida ação judicial tinha como objetivo:

- A concessão de liminar, para assegurar o direito de proceder ao recolhimento das parcelas vincendas do PIS e da COFINS calculados somente sobre o seu faturamento, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, suspendendo a exigibilidade do crédito correspondente à majoração da base de cálculo;
- A concessão de liminar para assegurar o direito da impetrante compensar os valores "indevidamente" recolhidos do PIS e da COFINS, em março e abril de 1999, correspondente à referida majoração da base de cálculo;
- A concessão de liminar para assegurar o direito da impetrante compensar o crédito da Cofins referente ao aumento da alíquota de 2% para 3% em períodos base subsequentes, sem a limitação imposta pelos §§2º e 3.º do artigo 8º da Lei 9.718/98;
- A concessão da segurança para assegurar o direito de proceder ao recolhimento das parcelas vincendas do PIS e da COFINS calculados somente sobre o seu faturamento e de compensar os valores "indevidamente" recolhidos do PIS e da COFINS, em março e abril de 1999, correspondente à referida majoração da base de cálculo;
- A concessão da segurança para assegurar o direito da impetrante compensar o crédito da Cofins referente ao aumento da alíquota de 2% para 3% em períodos base subsequentes, sem a limitação imposta pelos §§2º e 3.º do artigo 8º da Lei 9.718/98;

A referida Ação Judicial foi julgada procedente em parte reconhecendo apenas a inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo trazido pelo §1º do artigo 3º da Lei 9.718/98.

O trânsito em julgado desta decisão se deu em 17/02/2006.

A contribuinte, então, apresentou o “Pedido de Habilitação de Crédito Reconhecido por Decisão Judicial Transitada em Julgado”, em 17/11/2006 – e-fl.98, com valor total do crédito atualizado até novembro de 2006 de PIS: R\$ 37.502.505,04 e COFINS: R\$ 195.710.958,78, no total de R\$ 233.213.463,82, formalizado no processo nº 11543.002350/2006-93, o qual se encontra a este apensado, conforme Demonstrativo de Crédito de e-fls 99 a 104, do Volume I.

A contribuinte, atendendo intimação esclarece que os valores acima possui a seguinte composição:

1) Crédito de COFINS sobre as receitas financeiras – RS 6.226.548,14

2) Crédito de COFINS sobre outras receitas (locação de bens móveis) - RS
189.484.410,64

CREDITO TOTAL DE COFINS - RS 195.710.958,78

3) Crédito de PIS sobre as receitas financeiras - RS 1.796.360,03

4) Crédito de PIS sobre outras receitas (locação de bens móveis) - RS
35.706.145,01

CREDITO TOTAL DE PIS RS 37.502.505,04

A Solicitação de Habilitação foi deferida mediante Despacho DRF/VIT/GAJU nº 469, de 18/12/2006 (e- fl.110/111).

Posteriormente aos pedidos de compensação, apresentou ainda Pedido de Restituição, em 08/11/2011, que foi anexado à e- fl.273, no valor de R\$ 225.026.487,85, em face de pagamento indevido ou a maior e indicando como motivo do pedido: “Crédito reconhecido por decisão transitada em julgado e habilitado no processo administrativo nº 11543.002350/2006-93”.

A DEMAC/RJO exarou o Despacho Decisório de e- fl.332/333, em conformidade com o Parecer Demac/RJO/Diort nº 155/2011, onde foi reconhecido parcialmente o direito creditório no valor original de R\$ 3.057.998,32, decorrente de crédito originário de decisão judicial e, em consequência, decidiu por homologar parcialmente as compensações de que tratam as declarações anexadas às e-fls.03/18, conforme abaixo demonstrado.

Planilha com o resultado da análise da Homologação das DCOMP, constantes destes autos, segundo consta no Despacho Decisório de e-fl 333:

COMPENSAÇÕES TOTALMENTE HOMOLOGADAS

PER/Dcomp	Tributo	Código	PA	Vencimento	Valor Principal (R\$)
21488.95589.150107.1.3.57-8794	COFINS	5856	12 06	15 01 2007	4.201.000,00
	PIS	6912	12 06	15 01 2007	914.800,00
14090.51915.170107.1.3.57-3447	COFINS	5856	12 06	15 01 2007	215.000,00
	PIS	6912	12 06	15 01 2007	45.000,00
04959.79022.150207.1.3.57-2012	COFINS	5856	01 07	15 02.2007	1.053.200,00
	PIS	6912	01 07	15 022007	234.400,00

COMPENSAÇÕES PARCIALMENTE HOMOLOGADAS

PER/Dcomp	Tributo	Código	PA	Vencimento	Valor Principal (R\$)	Saldo Devedor (RS)
<i>Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001</i>						

Autenticado digitalmente em 06/03/2015 por MARIA DA CONCEICAO ARNALDO JACO, Assinado digitalmente em 06/03/2015 por MARIA DA CONCEICAO ARNALDO JACO, Assinado digitalmente em 10/03/2015 por WALBER JOSE DA SILVA

Impresso em 12/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

36603.43024.150307.1. 3.57-0311	COFINS	5856	02/07	15/03/2007	1.513.241,90	1.056.818,72
	PIS	6912	02/07	15/03/2007	321.500,00	321.500,00

Decidiu ainda considerar não formulado o Pedido de Restituição por não ter o contribuinte utilizado o programa PER/DCOMP, conforme o disposto no art.39, § 1º da INRFB nº 900/2008. Esclareceu que “*Em relação a esta parte do Despacho Decisório, não cabe manifestação de inconformidade perante a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, conforme disposto no art. 69 da IN RFB nº 900, de 30 de dezembro de 2008, cabendo, entretanto, a apresentação de Recurso Hierárquico no prazo de 10 (dez) dias, a contar da ciência deste despacho, nos termos dos artigos 56 a 64 da Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999.*”

Contra essa parte da decisão a contribuinte, então, impetrou o Mandado de Segurança nº 0004919- 43.2012.4.025101 (2012.51.01.004919-8) visando afastar a decisão administrativa que considerou não formulado o Pedido de Restituição em papel (cópia às fls. 02 a 05 extraídas do processo 16682.720446/2012-12 de acompanhamento de ação judicial).

Houve deferimento de liminar “*para determinar à autoridade coatora que receba o pedido de restituição de crédito objeto deste mandado de segurança, promovendo a apreciação do mérito correspondente*” (cópia às fls. 03 e 04), tendo, em decorrência, sido formalizado o Processo nº 16682.720584/2012-93, conforme cópia anexada à e-fl. 1782, para análise do mérito do Pedido de Restituição (cópia às fls. 06 e 07) formulado em papel pelo contribuinte em 08/11/2011 e juntado aos presentes autos deste processo nº 15374.002235/2008-21.

Do Parecer Demac/RJO/Diort nº 155/2011, citado alhures, cabem ser extraídos os seguintes esclarecimentos:

“.....

Ressalte-se que a decisão proferida pelo STF nos autos do Mandado de Segurança nº 99.00029372 se limitou a declarar inconstitucionalidade do § 1º do art.3º da Lei nº 9.718/98, nada falando a respeito da exclusão das receitas de aluguel de bens móveis da base de cálculo do PIS e da COFINS.

....

Conclui-se que o contribuinte não possui nenhum amparo judicial para excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS as receitas oriundas do aluguel de bens móveis.

.....

Como afirmado acima, o contribuinte tem o direito de compensar os valores pagos a maior de PIS de fevereiro a julho de 1999 e de COFINS de fevereiro e março de 1999, uma vez que todos os demais débitos foram declarados com a exigibilidade suspensa. Assim, as bases de cálculo referente a estes meses serão utilizadas para se chegar ao crédito do interessado.

Nestas bases de cálculo a única exclusão a ser feita é das receitas financeiras.

Com esta exclusão chega-se à base de cálculo determinada pela decisão judicial.

Aplicando-se as alíquotas de COFINS (3%) e de PIS (0,65%) chega-se à COFINS e ao PIS devidos.

.... ”

Transcreve-se do Acórdão ora recorrido a síntese das alegações apresentadas pela contribuinte em sua manifestação de Inconformidade de e-fls 376 a 397:

- “1. após promover apenas a exclusão das receitas financeiras das bases de cálculo do PIS e da COFINS, a Administração Tributária não computou aos valores recolhidos aqueles que foram retidos na fonte por órgãos, autarquias e fundações da Administração Pública Federal;*
- 2. consoante o artigo 64 da Lei nº 9.430/96, a obrigação pela retenção é de cada um dos órgãos ou entidades que efetuarem o pagamento aos contribuintes, sendo os valores retidos considerados como antecipação do que for devido ao final de cada período de apuração;*
- 3. a fórmula utilizada pela contribuinte para o cálculo do DARF de recolhimento do PIS e da COFINS, assim sendo, era feita de forma simples, na medida em que era compensado do valor final a ser recolhido o que já havia sido retido antecipadamente por terceiros durante cada um dos períodos de apuração;*
- 4. aplicando tal sistemática às planilhas utilizadas pela autoridade administrativa, encontra-se a diferença de R\$ 457.490,92, o que faz com que o crédito (principal) apurado, no período de apuração compreendido entre fevereiro e julho de 1999, calculado apenas e tão somente com a exclusão das receitas financeiras das bases de cálculo do PIS e da COFINS, seja de R\$ 3.515.489,24;*
- 5. a administração tributária achou por bem, através da decisão ora combatida, não reconhecer o direito à exclusão das receitas oriundas de locação de bens móveis das bases de cálculo do PIS e da COFINS, ao argumento de que a pessoa jurídica não possuía amparo judicial;*
- 6. a decisão judicial em foco assegurou o direito líquido e certo de a requerente proceder ao recolhimento das contribuições ao PIS e a COFINS calculados somente sobre o seu faturamento, assim considerado como receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza (art. 2º, LC 70/91), sem a alteração perpetrada pelo espúrio § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98;*
- 7. as receitas de locações de bens móveis não se enquadram como receitas de venda de mercadorias, vez que locação não se confunde com venda, sendo tais institutos jurídicos distintos e que não se confundem. Além disso, não se trata de prestação de serviços, vez que o STF já decidiu, inclusive com a edição da Súmula Vinculante nº 31, no sentido de que a locação de bens móveis não é prestação de serviços. Isso porque, a locação de bens móveis não constitui um serviço propriamente dito,*

medida que inexiste uma obrigação de fazer (art. 565 do Código Civil);

8. o Egrégio Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 116.1213/ SP, declarou inconstitucional a expressão “locação de bens móveis” contida até aquele momento no item 79 da lista de serviços do Decreto-Lei nº 406/68. Assim, descaracterizou a locação de bens móveis como prestação de serviços exatamente por inexistir a tal obrigação de fazer;

9. resta claro que o crédito habilitado pela contribuinte calculado também com a exclusão das receitas de locação de bens móveis da base de cálculo do PIS e da COFINS está perfeitamente amparado pela decisão judicial transitada em julgado;

10. na realidade, grosso modo, a Administração Tributária interpretou e aplicou a decisão judicial transitada em julgado de forma exageradamente restritiva (e também contrária a entendimento firmado em verbete sumular vinculante, de cujos fundamentos não pode se distanciar), o que por óbvio não é de sua competência, na medida em que ela deve cumprir a ordem emanada pelo Poder Judiciário;

11. caso entendesse que as receitas de locação de bens móveis não estavam protegidas pela decisão judicial, deveria a Administração Tributária ter se manifestado contrariamente à habilitação integral do crédito;

12. o antigo Conselho de Contribuintes, atual CARF, coaduna, igualmente, com o entendimento proferido pela Corte Suprema no sentido de que o faturamento, na dicção da Lei Complementar nº 70/91, não abrangia a totalidade das receitas brutas da pessoa jurídica, mas tão somente as receitas sobre a venda de mercadorias e prestação de serviços;

13. resta inexoravelmente demonstrado que a decisão transitada em julgado, no qual a pessoa jurídica obteve o reconhecimento do direito líquido e certo de proceder ao recolhimento das contribuições ao PIS e a COFINS calculados somente sobre o seu faturamento, também reconheceu o direito de excluir da base de cálculo as receitas de locação de bens móveis;

Ao final, requer a reforma do despacho decisório e que sejam homologadas totalmente as Declarações de Compensação, além de protestar pela juntada posterior de provas documentais.”

Depois da devida análise, os membros da 17ª Turma da DRJ/RJ, por meio do Acórdão 12-49.456, por unanimidade de votos, julgam procedente em parte a manifestação de inconformidade, reconhecendo o direito creditório de R\$ 94.890,87, correspondente aos valores retidos a título de Pis/Cofins, nos períodos de fevereiro a julho de 1999, por órgãos públicos quando dos pagamentos e retenções efetuadas pelos fornecimentos de bens ou serviços pela pessoa jurídica, por constituírem antecipações de recolhimentos dos valores devidos e, em decorrência decidem declarar a homologação dos débitos remanescentes

compensados até o limite do direito creditório reconhecido, segundo se demonstra pela ementa a seguir transcrita:

"ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/07/1999

LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS

A receita decorrente da locação de bens móveis que constitua objeto da atividade econômica da contribuinte integra a base de cálculo do PIS e da Cofins.

**PAGAMENTOS EFETUADOS POR ÓRGÃOS PÚBLICOS.
RETENÇÃO NA FONTE**

Os pagamentos efetuados por órgãos, autarquias e fundações da administração pública federal estão sujeitos à incidência, na fonte, dos impostos e contribuições administrados pela Receita Federal.

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

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/07/1999

LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS

A receita decorrente da locação de bens móveis que constitua objeto da atividade econômica da contribuinte integra a base de cálculo do PIS e da Cofins.

**PAGAMENTOS EFETUADOS POR ÓRGÃOS PÚBLICOS.
RETENÇÃO NA FONTE**

Os pagamentos efetuados por órgãos, autarquias e fundações da administração pública federal estão sujeitos à incidência, na fonte, dos impostos e contribuições administrados pela Receita Federal.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/07/1999

REPETIÇÃO DO INDÉBITO/RECONHECIMENTO JUDICIAL

A restituição e a compensação de crédito tributário reconhecido judicialmente deve obedecer aos limites fixados na decisão transitada em julgado.

**PEDIDO DE HABILITAÇÃO DE CRÉDITO RECONHECIDO
JUDICIALMENTE**

O deferimento de pedido de habilitação de crédito não implica a homologação de eventuais compensações que porventura estejam sendo ou que venham a ser feitas e nem o deferimento ou reconhecimento de restituição/ressarcimento dos valores preenchidos pelo contribuinte.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Documento assinado digitalmente conforme MI nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 06/03/2015 por MARIA DA CONCEICAO ARNALDO JACO, Assinado digitalmente em 06/03/2015 por MARIA DA CONCEICAO ARNALDO JACO, Assinado digitalmente em 10/03/2015 por WALBER JOSE DA SILVA

Impresso em 12/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/01/2004

PROVA DOCUMENTAL

A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de fazê-lo em outro momento processual.

Manifestação de Inconformidade Procedente em Parte

Direito Creditório Reconhecido em Parte”

Devidamente cientificado da decisão em 13/02/2014, conforme consta do TERMO DE CIÊNCIA POR DECURSO DE PRAZO de e-fl. 1803, a contribuinte, em 28/02/2014, insatisfeita, apresenta recurso voluntário em face do Acórdão 12-49.456, visando o reconhecimento da homologação integral também da PER/DCOMP nº 36603.43024.150307.1.3.57-0311, vez que, segundo afirma, possui crédito habilitado suficiente a ensejar a aludida homologação. Aduz, em síntese:

a) a despeito de a autoridade *a quo* ter reconhecido o direito creditório de R\$ 94.890,87, por ter detectado que "*não foram consideradas as retenções efetuadas por órgãos públicos que, repisa-se, são antecipações dos valores devidos*", ainda desconsiderou o que foi efetivamente recolhido pela Recorrente, considerando as retenções promovidas pelos órgãos públicos, pois, segundo informa, no período de fevereiro a julho de 1999, as retenções promovidas pelos órgãos, autarquias e fundações da Administração Pública Federal (art. 64 da Lei 9.430/96) correspondem a R\$ 457.490,92, conforme planilha que elabora;

Afirma que a malograda conclusão foi permeada com "*base nos comprovantes fornecidos pelas fontes pagadoras carreadas aos autos pelo interessado - 768/1.649 i...)*". Mas, que a Administração tem esses dados disponíveis e que a RFB poderia levantar todas as retenções que foram realizadas em nome da Recorrente, por quanto incumbiria a ela (Administração) o ônus de comprovar a inexistência de tal crédito.

Além disso, a prova colacionada pela Recorrente nos autos (planilhas de cálculos, CNPJ das entidades que promoveram a retenção instituída por lei, código da retenção) é suficiente para comprovar sua alegação de que houve retenções praticadas por diversos órgãos da Administração Pública.

Caso assim não seja entendido, o que se admite apenas pelo amor ao debate, a Recorrente requer, desde já, a conversão do julgamento em diligência para que possa ser apurado detidamente o *quantum* que consta no sistema da Administração Tributária a título de retenção na fonte realizada por órgãos, autarquias e fundações da Administração Pública Federal, consoante dispõe o art. 64 da Lei 9.430/96.

b) violou o princípio da verdade material, vez que não permitiu que a Recorrente acostasse documentação suplementar a sustentar o direito invocado na peça vestibular; e

c) principalmente, contrariou a própria decisão judicial transitada em julgado favoravelmente à Recorrente, ao passo que desconheceu o seu direito líquido e certo de excluir as receitas oriundas de locação de bens móveis das bases de cálculo do PIS e da COFINS.

Relativamente a esta questão (direito de excluir da Base de Cálculo as receitas decorrentes de locação de bens móveis) reprisa os seus argumentos de defesa apresentados na Manifestação de Inconformidade.

Na forma regimental, o processo foi a mim distribuído.

É o relatório.

Voto

Conselheira MARIA DA CONCEIÇÃO ARNALDO JACÓ

O Recurso Voluntário é tempestivo, tendo sido apresentado por parte legítima, conforme ratificação na regularização de instrução processual, atendendo, portanto, aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235, de 06/03/1972, devendo, pois, ser conhecido.

Persiste o litígio acerca de:

- 1) devidos valores das retenções promovidas pelos órgãos, autarquias e fundações da Administração Pública Federal (art. 64 da Lei 9.430/96) a serem deduzidos do PIS e COFINS devidos nos períodos de fev/99 a julho de 1999 (R\$ 457.490,92, pretendido pela recorrente X R\$ 94.890,87, reconhecido no Acórdão recorrido) – ônus da prova;
- 2) direito de excluir as receitas decorrentes de locação de bens móveis da Base de Cálculo do PIS e COFINS. Alegação de ofensa à coisa julgada.

De antemão ressalta-se que não obstante tenha a contribuinte apresentado planilha demonstrativa do indébito a recuperar referente aos períodos de fevereiro de 1999 a novembro de 2002, para o PIS (documento de e-fl. 27) e de fevereiro de 1999 a janeiro de 2004, para a COFINS (documento de e-fl. 28), foi detectado e ressaltado pela autoridade administrativa, conforme consta do Termo de Constatação e Intimação de e-fls 24 a 26 que:

“(…)

Desde o concessão da liminar o contribuinte declara, em DCTF, os débitos referentes ao alargamento da base de cálculo com exigibilidade suspensa, não efetuando nenhum pagamento referente a essas parcelas;

*A partir do reconhecimento da inconstitucionalidade do §1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98 nos autos do mandado de segurança nº 990002937-2 o contribuinte obteve o direito de compensar todos os valores **PAGOS** de PIS e de COFINS que se referissem ao alargamento da base de cálculo trazido pelo citado parágrafo, quais sejam, os valores pagos a maior de fevereiro a julho de 1999 para o PIS e de fevereiro e março de 1999 para a COFINS, já que a partir desta data todos esses débitos foram declarados com exigibilidade suspensa;*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 06/03/2015 por MARIA DA CONCEICAO ARNALDO JACO, Assinado digitalmente em 06/03/2015 por MARIA DA CONCEICAO ARNALDO JACO, Assinado digitalmente em 10/03/2015 por WALBER JOSE DA SILVA

Impresso em 12/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

A partir do demonstrativo apresentado pelo contribuinte, em atendimento ao Termo de Intimação Fiscal de 29/08/2008, esses valores seriam os seguintes, em R\$:

PIS COFINS

fev/99 326.733,17 1.507.999,22

mar/99 261.682,91 1.207.767,29

abr/99 58.146,10

mai/99 86.384,81

jun/99 31.785,79

jul/99 45.520,40

TOTAL 810.253,18 2.715.766,51

Tais valores estão na coluna PIS/COFINS pagos.”

Exatamente por tal motivo é que o Despacho Decisório só reconheceu o direito creditório de valor original de R\$ 3.057.998,32 (três milhões, cinqüenta e sete mil e novecentos e noventa e oito reais e trinta e dois centavos), decorrente de crédito originário das receitas financeiras, em conformidade com a decisão judicial, transitada em julgado, proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 99.0002937-2 da 1ª Vara Federal do Espírito Santo, homologando as compensações até o limite do crédito reconhecido.

Os demais valores pretendidos pela contribuinte como indébitos decorrem de PIS e COFINS pagos sobre receitas advindas de locação de bens moveis, cujo mérito será analisado em seguida, por ser, igualmente, objeto do presente litígio.

1) Dos valores das retenções promovidas pelos órgãos, autarquias e fundações da Administração Pública Federal (art. 64 da Lei 9.430/96) a serem deduzidos do PIS e COFINS devidos nos períodos de fev/99 a julho de 1999 (R\$ 457.490,92, pretendido pela recorrente ou R\$ 94.890,87, reconhecido no Acórdão recorrido) – ônus da prova;

Constata-se dos Autos que a contribuinte, no curso da auditoria, por meio do TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL de e-fl 193, foi intimada a apresentar demonstrativo do cálculo do Pis e da Cofins retidos da fonte por órgão público, no período de fevereiro a julho de 1999, identificando a fonte pagadora (nome e CNPJ), o valor total retido na fonte, o código de retenção e os percentuais distribuídos para Pis e Cofins, com os respectivos valores.

Em resposta à e-fl. 194, a contribuinte acusa: “*Apresentamos em anexo os demonstrativos do Pis e da COFINS retidos na fonte por órgão público, com os respectivos percentuais aplicados, no período de fevereiro a julho de 1999, identificando a fonte pagadora, o valor total retido na fonte e o código de retenção.*” E, apresenta as planilhas de e-fls.195 a 232 do Volume I e de e-fls. 236 a 258 do Volume II.

À e-fl 259 consta o Resumo do Beneficiário de Declaração do Imposto de Documento assinado digitalmente em 06/03/2015 por MARIA DA CONCEICAO ARNALDO JACO, Assinado digitalmente em Autenticado digitalmente em 06/03/2015 por MARIA DA CONCEICAO ARNALDO JACO, Assinado digitalmente em 06/03/2015 por MARIA DA CONCEICAO ARNALDO JACO, Assinado digitalmente em 10/03/2015 por WALBER JOSE DA SILVA

localizadas 285 Fontes Pagadoras e, especificamente com códigos de retenções 6147 e 6190 – pagamentos e retenções efetuadas por órgãos públicos pelos fornecimentos de bens ou serviços pela pessoa jurídica -, constam a informação geral de: código 6147 – Rendimento Bruto – R\$ 2.956.192,24 e Imposto Retido – R\$ 186.226,25, e código 6190 – Rendimento Bruto – R\$ 14.731.210,07 e Imposto Retido R\$ 1.477.547,97.

No entanto, conforme ressaltado pela autoridade julgadora *a quo*, tal valor corresponde não só a retenção da Cofins e do PIS como também da CSLL e do Imposto de Renda e se refere a todo o ano-calendário 1999, enquanto que o período albergado pelo reconhecimento creditório citado se limita entre fevereiro a julho de 1999.

Os valores discriminados na planilha da contribuinte em muito destoam dos valores constantes do Resumo do Beneficiário de DDIRF em que a ora contribuinte é indicada como beneficiária, especificamente para os códigos de retenções 6147 e 6190.

De modo que, a Autoridade Julgadora de 1^a Instância de Julgamento Administrativo, constatando que nos cálculos efetuados pela autoridade administrativa no Despacho Decisório não foram consideradas as retenções efetuadas por órgãos públicos que, segundo reconheceu, são antecipações do valor devido, pautou-se nos comprovantes fornecidos pelas fontes pagadoras carreadas as autos pela a interessada – fl.768/1.649, salientando que foram consideradas tão somente as antecipações pertinentes a COFINS – PA 02/99 e 03/99 e PIS de 02/99 a 07/99, para reconhecer o direito de considerar como antecipação dos valores devidos de PIS e COFINS o valor de R\$ 94.890,87.

Insurge-se a contribuinte alegando que a administração possui meios de buscar essas informações e que é da Administração o ônus de comprovar a inexistência de tal crédito.

É sabido que o PAF utiliza-se da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil e da Lei n.o 9.784/1999, principalmente, em questões de prova, haja vista a pouca regulação da matéria no Decreto 70.235/72.

Pois bem, o artigo 333 do CPC, que trata do ônus da prova, estipula:

“Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. [...]”

Tal dispositivo é a tradução do princípio de que o ônus da prova cabe a quem dela se aproveita.

Conforme bem destaca o Auditor Fiscal Gilson Wessler Michels, em seus comentários e anotações ao Decreto nº 70.235/72¹: “*Esta formulação foi trazida para o processo administrativo fiscal, posto que a obrigação de provar está expressamente atribuída tanto ao autor do procedimento, a autoridade fiscal (parte final do caput do artigo 9.º do Decreto n.º 70.235/1972: os autos de infração e notificações de lançamento “deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito”), quanto ao contribuinte que contesta o lançamento*

(“Art. 16. A impugnação mencionará : [...] III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir.”) ”.

Por sua vez, a Lei nº 9.784/1999 igualmente traz importante regra em matéria probatória em seu artigo 36:

“Art. 36. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no art. 37 desta Lei.”

No caso específico, por se tratar de pedidos de compensações, nos quais alega um crédito tributário a seu favor, portanto, um suposto direito da contribuinte, a esta caberia carrear aos autos todas as provas de suas alegações no prazo limitado por lei, tendo em conta que a impugnação ou manifestação de inconformidade do contribuinte estabelece os limites do litígio, não podendo haver inovação em sede de recurso voluntário e seria naquela fase que deveria carrear aos autos as provas de suas alegações. Ressaltando-se que provar significa contextualizar elementos relevantes e não somente anexar documentos. E, ainda, que as provas são todas aquelas admitidas em lei, exceto as ilícitas, e cujo interesse de constituí-las deveria ser da própria contribuinte, independentemente de exigência legal.

Não obstante tal conclusão, verifica-se que a Administração buscou informações internas (Resumo do Beneficiário de DIRF, no ano de 1999, de e-fl 259) para efetuar a análise da questão trazida pela contribuinte em sua manifestação de inconformidade.

Ressalte-se que, também, no recurso Voluntário a contribuinte não traz nenhuma outra comprovação que pudesse alterar o valor apurado pela Autoridade julgadora de 1ª instância Administrativa, apenas solicita, caso não se acate suas alegações, a realização de diligência, a qual deve ser negada, posto não caber à administração substituir o ônus da contribuinte de comprovar o direito que alega.

Desse modo, na questão atinente ao valor das retenções efetuadas pelos órgãos públicos, não merece reforma a decisão recorrida.

3) Do direito de excluir as receitas decorrentes de locação de bens móveis da Base de Cálculo do PIS e COFINS. Alegação de ofensa à coisa julgada. Inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98.

Para análise de mérito da discussão:acerca da possibilidade, ou não, de se excluir da base de cálculo do PIS e COFINS receitas decorrentes de locação de bens móveis, faz-se necessário verificar as principais peças (petição, sentença e Acórdão do STF) do Mandado de Segurança nº 99.0002937-2, transitado em julgado em 17/02/2006.

De acordo com a Petição, cópia à e-fls. 138 a 161, impetrhou-se o *Writ* com o objetivo de ver afastado o alargamento da base de cálculo do PIS e da COFINS trazido pelo § 1º do artigo 3º da Lei 9.718/98, assegurar o direito da impetrante compensar os valores "indevidamente" recolhidos do PIS e da COFINS, em março e abril de 1999, correspondente à referida majoração da base de cálculo, e compensar o crédito da Cofins efetivamente paga referente ao aumento da alíquota de 2% para 3%, sem a limitação imposta pelos §§2º e 3º do artigo 8º da Lei 9.718/98.

Conforme consta da NOTIFICAÇÃO AO DELEGADO SOBRE DECISÃO LIMINAR NO MS , cópia à e-fl. 168, a liminar foi deferida em parte para garantir à impetrante somente o direito de recolher, mensalmente, as parcelas devidas a título de PIS com base de cálculo no valor do faturamento, sem a ampliação da base de cálculo decorrente do art. 3º, parágrafo 1º, da Lei nº 9.718/98.

A Sentença (cópia às e-fls. 170 a 180), concedeu a segurança, ou seja, reconheceu “*o direito da impetrante recolher quanto à base de cálculo do PIS e da COFINS à incidência sobre faturamento, este entendido como venda de mercadorias e de mercadorias e serviços de qualquer natureza, tal como previsto na LC 70/91 e na Lei 9.715/98; e o direito à compensação conforme requerida, a saber: compensar os valores indevidamente recolhidos a maior do PIS e da COFINS, em março e abril de 1999, correspondente à alteração da base de cálculo, com débitos de mesma incidência, bem como o direito à compensação do recolhimento à COFINS sem a limitação imposta pelos parágrafos 2º e 3º da Lei 9.718/98.*”

O Tribunal Regional Federal – TRF da 2ª Região, em julgamento de Apelação de Sentença do referido Mandado de Segurança (cópia às e-fls 182 a 187), deu provimento ao Recurso da União e à Remessa Necessária, reformando a sentença recorrida.

Por sua vez, conforme cópia às e-fls. 188 a 190, o Supremo Tribunal Federal – STF, Relator o Sr. Ministro Carlos Veloso, em Decisão do Recurso Extraordinário 392.665 - 9 Espírito Santo interposto pela contribuinte, no qual sustentava, em síntese, a inconstitucionalidade dos arts. 3º , § 1º , e 8º , caput e § 1º , da Lei 9.718/98, assim decidiu:

“*Admitido o recurso, subiram os autos.*

Deferi cautelar, referendada pela 2ª Turma, para o fim de conceder efeito suspensivo ao presente RE (Pet 2.891/SP, fls. 314-316) .

Decido.

Em 09.11.2005, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar os Recursos Extraordinários 346.084/PR, Relator p/ o acórdão o Sr. Ministro Marco Aurélio, 357.950/RS, 358.273/RS e 390.840/MG, Relator o Sr. Ministro Marco Aurélio, conheceu dos recursos e deu-lhes parcial provimento para declarar a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, vencidos parcialmente os Srs. Ministros Cesar Peluso e Celso de Mello, que davam interpretação conforme o caput do art. 3º.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 336.134/RS, Relator o Sr. Ministro Gilmar Galvão, decidiu pela constitucionalidade do art. 8º e § 1º da Lei 9.718/98, no que toca à majoração da alíquota de 2% para 3% e tendo em vista a compensação de até um terço com a contribuição sobre o lucro líquido - CSLL, quando o contribuinte registrar lucro no exercício, o que se afirmava ofensiva ao princípio da isonomia ("DJ" de 16.5.2003).

Certo é que citada majoração há de ser observada, entretanto, tendo em consideração a declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98. É dizer, a majoração da alíquota ocorrerá, apenas, relativamente às bases de cálculo inscritas no art. 2º da Lei Complementar 70, de 1991.

Nestes termos, forte nos precedentes, dou provimento, em parte, ao recurso (CPC, art. 557, § 1º-7A) . Sem honorários (Súmula 512-STF).

Brasília, 06 de dezembro de 2005.”

Por oportuno, registre-se que a locação de bens móveis compõe um dos objetos sociais da empresa, consoante consta na cláusula quarta do Contrato Social da mesma (cópia à e-fl. 72).

Assim, analisando as peças do Mandado de Segurança nº 99.0002937-2, constata-se que, ao contrário do alegado, a impetrante não questionou explicitamente no mencionado Mandado de Segurança quais das suas receitas decorrentes de sua atividade típica comporiam, ou não, o conceito de faturamento para a base de cálculo das contribuições do PIS e Cofins. Não se discutiu o conceito de faturamento para a atividade da Recorrente e o pedido formulado no mandado de segurança foi realizado pela impetrante , em relação a este tópico, de forma genérica:

“a concessão do presente remédio heróico para assegurar o direito líquido e certo da Impetrante proceder o recolhimento das parcelas vincendas do PIS e da COFINS calculados somente sobre o seu faturamento, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza, abstendo-se a Impetrada de exigir da Impetrante as alterações perpetradas pela Lei nº 9.718/98, correspondentes à ampliação da base de cálculo destas incidências;”

Vê-se, também, que a decisão proferida de maneira incidental pelo STF no Recurso Extraordinário nº 392.665 - 9 Espírito Santo interposto pela contribuinte, transitado em julgado em 17/02/2006, foi no sentido único de afastar a aplicação do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, por considerar inconstitucional a regra ali estabelecida, nos termos da decisão acima transcrita.

Portanto, ao contrário do argüido, na decisão do RE nº 392.665 - 9 o STF não se pronunciou expressamente sobre a questão específica de quais receitas comporiam o conceito de faturamento para a contribuinte contempladas na ação mandamental sob julgamento.

A decisão ali proferida conforma-se, nos termos do art.. 557, § 1º-A do CPC², com os estritos termos dos julgados, efetuados naquele colegiado, pacificadores da matéria.

Cabe, então, efetuar análise do que foi decidido no STF no julgamento do RE 357.950, Rel. Marco Aurélio, sessão de 09 de novembro de 2005, em face da referência feita pelo o relator o Sr. Ministro Carlos Veloso na decisão acima transcrita, com fins de detectar a

² Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. ([Redação dada pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998](#))

§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. ([Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998](#))

ocorrência, ou não, da alegada afronta à coisa julgada, destacando que o julgamento do RE 357.950, tal qual se deu com o julgamento dos RE nº 346.084, 358.273 e 390.840 (igualmente citados pelo o relator o Sr. Ministro Carlos Veloso na decisão acima transcrita), todos julgados na mesma data de 09 de novembro de 2005, com igual teor, embora proferida no exercício do controle difuso de Constitucionalidade, aplicando-se, portanto, somente às empresas que integraram o pólo ativo da lide, constitui-se em verdadeiro *leading case*, que tem orientado outros julgamentos sobre a questão, a exemplo do que se deu com o julgamento do Mandado de Segurança nº 99.0002937-2, da ora recorrente.

Pois bem, tal como ocorreu no julgamento dos RE nº 346.084, 358.273 e 390.840, o STF no julgamento do RE 357.950 – 9 Rio Grande do Sul, que teve como relator, o Ministro Marcos Aurélio, em 09/11/2005,(DJ 15/08/2006) julgou pela inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998 , cuja ementa abaixo se transcreve:

Ementa

"CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE - ARTIGO 3º, §1º, DA LEI N° 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 - EMENDA CONSTITUCIONAL N° 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 N° 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, juntando-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."

Nos debates que então se desenvolveram na sessão do Tribunal Pleno que julgou o RE nº 357.950 – 9/RS, conforme ementa acima transcrita, bem como nos votos -vistas proferidos, os Ministros explicitaram seu entendimento sobre a base de cálculo da Cofins no sentido da identidade entre o conceito de faturamento e a receita operacional da pessoa jurídica, tida como resultante de sua atividade principal.

Ressalta-se a seguir os posicionamentos dos Ministros explicitados no debate do julgamento do RE nº 346.084/PR, cujo teor do julgamento é similar ao julgamento do RE 357.950-9/RS:

O Ministro César Peluso, no RE nº 346.084/PR, expressou o entendimento de que receita bruta é sinônimo de faturamento, entendido como a soma das receitas oriundas do exercício das atividades típicas da empresa e acrescentou que, se determinadas instituições têm Autenticado digitalmente em 06/03/2015 por MARIA DA CONCEICAO ARNALDO JACO, Assinado digitalmente em 06/03/2015 por MARIA DA CONCEICAO ARNALDO JACO, Assinado digitalmente em 10/03/2015 por WALBER JOSE DA SILVA

receitas financeiras como atividade empresarial típica, tais receitas ingressam no conceito de receita bruta como faturamento, *in verbis*:

'Por todo o exposto, julgo inconstitucional o parágrafo 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, por ampliar o conceito de receita bruta para 'toda e qualquer receita', cujo sentido afronta a noção de faturamento pressuposta no art. 195, I, da Constituição da República, e, ainda, o art. 195, parágrafo 4º, se considerado para esse efeito de nova fonte de custeio da seguridade social.'

*Quanto ao caput do art. 3º, julgo-o constitucional, para lhe dar interpretação conforme à Constituição, nos termos do julgamento proferido no RE nº 150755/PE, que tomou a locução **receita bruta como sinônimo de faturamento, ou seja, no significado de 'receita bruta de venda de mercadoria e de prestação de serviços'**, adotado pela legislação anterior, e que, a meu juízo, se traduz na soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais.*

(...)

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'.” (grifou-se)

O Ministro Marco Aurélio, por sua vez, expressou entendimento, no mesmo RE nº 346.084-6/PR, reproduzindo voto que proferira anteriormente, no sentido da constitucionalidade do art. 3º da Lei 9.718, de 1998, exceto para o §1º que expandira em demasia o conceito de receita bruta para fins de tributação da Cofins, e que a receita bruta, como sinônimo de faturamento, refere-se à atividade principal da empresa, *in verbis*:

*“O Tribunal estabeleceu a sinonímia “faturamento/receita bruta”, conforme decisão proferida na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-1/DF - receita bruta **evidentemente apanhando a atividade precípua da empresa**. (...)*

Operacional. (...)” (grifou-se)

Ainda nessa direção, o Ministro Carlos Britto consignou no RE nº 346.084-6/PR a identidade entre faturamento e receita operacional, esta constituída por ingressos que decorrem da razão social da empresa, que foi o sentido de faturamento expresso no art. 2º da LC nº 70, de 1991, *in verbis*:

‘A Constituição de 88, pelo seu art. 195, I, redação originária, usou do substantivo ‘faturamento’, sem a conjunção disjuntiva ‘ou’ receita.

*Em que sentido separou as coisas? No sentido de que **faturamento é receita operacional**, e não receita total da empresa.*

Receita operacional consiste naquilo que já estava definido pelo Decreto-lei 2397, de 1987, art. 22, parágrafo 1º, “a”, assim redigido (...):

§1º (...)

a) a receita bruta das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços, de qualquer natureza, das empresas públicas ou privadas definidas como pessoa jurídica ou a elas equiparadas pela legislação do Imposto de Renda;’ Por isso, estou insistindo na sinonímia ‘faturamento’ e ‘receita operacional’, exclusivamente, correspondente àqueles ingressos que decorrem da razão social da empresa, da sua finalidade institucional, do seu ramo de negócio, enfim.

(...)

Esse tratamento normativo do faturamento como receita operacional foi reproduzido pela Lei Complementar 70/91, cujo artigo 2º assim dispõe (...).

Ou seja, mais claro, impossível.”(grifou-se)

Na mesma linha, o Ministro Sepúlveda Pertence, no RE nº 346.084-6/PR, pontuou que a identidade entre receita bruta e faturamento deve ser buscada na legislação do Finsocial, o Decreto-lei nº 2.397, de 1987. O art. 22, caput, e a alínea b desse Decreto determinavam que o Finsocial (criado pelo Decreto-lei nº 1.940, de 1982, e que antecedeu à Cofins) incidiria sobre as rendas e receitas operacionais das instituições financeiras e entidades a elas equiparadas. E concluiu que a lei tributária chamou receita bruta o que é faturamento, *in verbis*:

*‘Recordem-se, na conformidade do referido DL 2.397/87, a nova redação do §1º e o § 4º - esse, então acrescentado ao art. 1º do DL 1.940/82, regente do **FINSOCIAL** sobre a receita bruta das empresas:*

‘Art. 22 (...)

Parágrafo 1º - A contribuição social de que trata este artigo será de 0,5% (meio por cento) e incidirá mensalmente sobre:

(...);

b) as rendas e receitas operacionais das instituições financeiras e entidades a elas equiparadas (...);

*c) as receitas operacionais e patrimoniais das sociedades seguradoras e entidades a elas equiparadas.’ (...) **FINSOCIAL**, é na legislação desta [contribuição], e não alhures, que se há de buscar a definição específica da respectiva base de cálculo, na qual receita bruta e faturamento se identificam: (...), essa é a solução imposta, no ponto, pelo postulado da interpretação conforme a Constituição.*

(...)

No prosseguimento da discussão, (...), acentuei - RTJ 149/287;

*‘(...) . O que tentei mostrar no meu voto, a partir do Decreto-lei nº 2.397, é que a lei tributária, ao contrário, para o efeito de **FINSOCIAL**, chamou receita bruta o que é faturamento. E, aí, ela se ajusta à Constituição.’ Essa interpretação conforme veio a ser a base da definição de receita como base de cálculo da*

COFINS, na Lei Complementar 70, cuja constitucionalidade se declarou na ADC nº 1, Moreira Alves.

(...)" (grifou-se)

Portanto, constata-se que nos julgamentos dos *leading case*, o STF não expressou que o faturamento, como base de cálculo do PIS e COFINS, não corresponde à receita operacional. Pelo o contrário, o entendimento daqueles que votaram foi exatamente no sentido oposto.

E aqui, cabe registrar, que se encontra evidente a convergência desse entendimento, proferidos expressamente nos votos vista daqueles que a requereram e não apenas mencionados nas discussões verbais, inclusive do próprio relator Marco Aurélio, consoante se demonstra com a transcrição já acima feita do voto-vista do ministro Cesar Peluso e conforme se transcreve a seguir, a título de exemplo, trecho do voto-vista do ministro Eros Grau no julgamento do RE 357.950/RS:

VOTO-VISTA DO MINISTRO EROS GRAU:

(...);

Ora, se receita bruta (=receita de vendas de mercadorias e de prestação de serviços) coincide, qual afirmou esta corte, com a noção de faturamento, a inserção do termo de um outro conceito ... ‘receita’...no texto constitucional há de estar referindo outro conceito, que não o que coincide com a noção de ‘faturamento’. Para exemplificar, sem qualquer comprometimento com a conclusão: receita como a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevante para a determinação dessa totalidade o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para tais receitas.

Temos ai receita bruta, termo de um conceito, e receita bruta, termo de outro conceito. No primeiro caso, receita bruta que é enquadrada na noção de faturamento, receita bruta das vendas e serviços do agente econômico, isto é, proveniente das operações do seu objeto social. No segundo, receita que envolve, além da receita bruta das vendas e serviços do agente econômico... isto é, proveniente das operações do seu objeto social..., aquela decorrente de operações estranhas a esse objeto.

(...)" (grifei)

Vimos acima, pela transcrição dos votos e da ementa do julgamento do RE 357.950, que os ministros entendem que as expressões receita bruta e faturamento são sinônimas.

O que se afastou com a declaração de inconstitucionalidade do §1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, foi a ampliação do conceito de receita bruta para além da receita operacional da empresa, no sentido de envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada. E, ademais, tal equiparação consta da redação do próprio caput do art. 3º da Lei nº 9.718/98, que não foi julgada inconstitucional:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2, de 24/08/2001.
Autenticado digitalmente em 06/03/2015 por MARIA DA CONCEICAO ARNALDO JACO, Assinado digitalmente em 06/03/2015 por MARIA DA CONCEICAO ARNALDO JACO, Assinado digitalmente em 10/03/2015 por WALBER JOSE DA SILVA

Impresso em 12/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

“Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.”

Verifica-se, pois, que a decisão proferida no Mandado de Segurança nº 99.0002937-2, impetrado pela contribuinte, ora recorrente, transitado em julgado em 17/02/2006, foi, unicamente, no sentido de afastar a regra do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, tendo em vista a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade, unicamente, do referido parágrafo e não do integral art. 3º da Lei nº 9.718/98, conforme requerido pela impetrante, em conformidade com a regra contida no art 557, § 1º-A, do CPC.

Portanto, o recurso voluntário, no concernente à preliminar de ofensa do Despacho Decisório e do acórdão recorrido à coisa julgada, não merece provimento, haja vista verificar-se que o Acórdão nº 12-49.456 da 17ª Turma da DRJ/RJ, convalidando neste tópico o Despacho Decisório da DEMAC/RJO de e- fl.332/333, decidiu pela exclusão na base de cálculo do PIS e COFINS das receitas financeiras, por serem não operacionais, tendo em vista exatamente a declaração de constitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, mantendo a incidência do PIS e COFINS apenas sobre a receita bruta, justificando que esta corresponde à receita bruta operacional auferida no mês proveniente do exercício de sua atividade-fim, tudo em conformidade com o decidido no Mandado de Segurança nº 99.0002937-2, impetrado pela contribuinte, com a jurisprudência firmada pelo o STF e com a Lei nº 9.718/88.

Assim sendo, não havendo questionamento pela contribuinte, ora recorrente, na esfera judicial de igual matéria ora sob litígio na esfera administrativa, esta tem que ser analisada e decidida pela autoridade julgadora administrativa.

NO MÉRITO

Passa-se assim, ao mérito da questão, qual seja, analisar e decidir sobre a possibilidade ou não de se excluir da base de cálculo do PIS e COFINS as receitas de locação de bens móveis.

A contribuinte, tendo em vista o provimento da segurança no Mandado de Segurança por ela impetrado e com base em interpretação enraizada na literalidade do *caput* do art. 2º da LC 70/91, argumenta que receita auferida com aluguel de bens móveis não compõe a base de cálculo da Cofins, uma vez que tal receita não se qualifica como faturamento, na forma em que este fora definido naquele dispositivo:

“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.”

Até a edição da Lei nº 9.718, de 1998, a base de cálculo do PIS e da COFINS era o faturamento, cujo conceito restringia-se às “vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza”, nos termos do art. 2º da Lei Complementar nº 70/91.

O §1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998 pretendeu ampliar esse conceito para nela fazer inserir toda e qualquer receita, de qualquer natureza.

O referido §1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, que pretendia ampliar o conceito de receita bruta, assim dispunha:

Autenticado digitalmente em 06/03/2015 por MARIA DA CONCEICAO ARNALDO JACO, Assinado digitalmente em 06/03/2015 por MARIA DA CONCEICAO ARNALDO JACO, Assinado digitalmente em 10/03/2015 por WALBER JOSE DA SILVA

Impresso em 12/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

"Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

§ 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."

Tal pretensão levou o judiciário a pronunciar-se sobre a jurisprudência já firmada acerca do conceito de faturamento para incidência do PIS e da Cofins, em decorrência das diversas ações impetradas pelos contribuintes.

Assim é que o STF, nos julgamentos dos RE 346.084-6 Paraná, RE 358.273, REe 390.840 e RE 357.950 – 9 Rio Grande do Sul, que teve como relator, o Ministro Marcos Aurélio, em 09/11/2005,(DJ 15/08/2006) julgou pela constitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998 , cuja ementa foi acima transcrita. Mas, entendeu constitucional a regra do caput do art 3º de referida lei, acima transcrito, interpretando a expressão receita bruta, de forma genérica, sobre a qual já se tinha jurisprudência firmada, consoante acima demonstrado.

Como já ressaltado, o STF, no julgamento do Recurso Extraordinário Recurso Extraordinário 392.665 - 9 Espírito Santo interposto pela contribuinte, no Mandado de Segurança nº 99.0002937-2, da ora recorrente, declarou inconstitucional, de maneira incidental, o §1 do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998. Mas, não afastou os demais artigos dessa lei, cujas regras permanecem válidas, inclusive a do art. 2º e a do caput do art. 3º, que prescrevem:

"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 art. 15 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)

Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica. (Vide art. 15 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)."

Afastada a regra do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, mas permanecendo válidos os demais artigos, conforme decidido judicialmente, não restam dúvidas de que se encontra afastada a possibilidade de se tributar como base de cálculo do PIS e COFINS as receitas da contribuinte que não sejam receitas operacionais, tais como as receitas financeiras. Mas, ao revés, considera-se faturamento as receitas decorrentes de atividades constantes no objeto social da empresa, tais como as locações de bens móveis para a ora recorrente, já que, como demonstrado, tais atividades compõem o seu objeto social.

É que, como se viu acima, a declaração de inconstitucionalidade pelo STF do § 1º do art. 3º da Lei 9.718, de 1998, proferida nos julgamentos dos recursos extraordinários considerados como *leading cases*, não alterou, nesse particular, o critério definidor da base de incidência da COFINS/PIS como o resultado econômico da atividade empresarial vinculada aos seus objetivos sociais.

Entendendo-se o alcance do conceito de receita bruta como sendo faturamento no sentido de venda de mercadoria e serviços, verifica-se que o conceito dado pelo STF, à luz da Lei nº 9.718, de 1998, e da LC nº 70, de 1991, é, definitivamente, o de receita operacional.

Por outro lado, o Acórdão recorrido demonstrou ser bem pacificado e sedimentado tanto na esfera administrativa quanto na judicial o entendimento de que já incidia sobre as receitas decorrentes de locação de bens móveis e auferidas antes mesmo da Lei nº 9.718/98, tanto a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins) ou seja, na vigência da Lei Complementar nº 70/91, quanto a contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) em tais receitas, no contexto da LC nº 7/70 e na Lei nº 9.715/98, igualmente antes da vigência da Lei nº 9.718/98, citando jurisprudência administrativa e judicial, bem como o entendimento da Coordenação Geral do Sistema de Tributação conforme Parecer MF/SRF/COSIT/DIPAC nº 1.304, de 1995:

"As receitas decorrentes da locação de imóveis estão sujeitas ao recolhimento da contribuição social, instituída pela Lei Complementar nº 70, de 1991, incidente sobre a receita bruta decorrente da locação."

Neste mesmo sentido é a Súmula nº 423 editada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ):

"Súmula 423

A Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - Cofins incide sobre as receitas provenientes das operações de locação de bens móveis."

Assim, tendo em vista que a contribuinte não possui nenhum amparo judicial para excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS as receitas oriundas do aluguel de bens móveis é de se concluir pela incidência do PIS e COFINS sobre as receitas decorrentes de locação de bens móveis, cuja atividade compõe o objeto social da ora recorrente.

CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi acima exposto, conduzo o meu voto no sentido de indeferir o pedido de diligência e no mérito negar provimento ao recurso voluntário, mantendo a decisão da 17ª Turma da DRJ/RJ prolatada no Acórdão 12-49.456, no sentido de não reconhecer a integralidade do direito creditório pleiteado e homologar as compensações dos débitos remanescentes declaradas na DCOMP nº 36603.43024.150307.1.3.57-0311, na medida em que para as outras três compensações a autoridade administrativa decidiu pela homologação integral, até o limite do crédito reconhecido pela Autoridade Julgadora de 1ª Instância administrativa.

É como voto.

(Assinado digitalmente)

MARIA DA CONCEIÇÃO ARNALDO JACÓ - Relatora

CÓPIA