



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

Processo n° 16349.000066/2010-89
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3301-005.184 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de setembro de 2018
Matéria BASE DE CÁLCULO DE PIS/COFINS - CONCEITO DE FATURAMENTO
Recorrente MORGAN STANLEY PARTICIPAÇÕES LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

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

BASE DE CÁLCULO. INCONSTITUCIONALIDADE DO §1º DO ART. 3º DA LEI Nº 9.718/1998. FATURAMENTO. RECEITA OPERACIONAL.

Entende-se por faturamento, para fins de construção da base de cálculo da COFINS, o somatório das receitas oriundas da atividade operacional da pessoa jurídica, ou seja, aquelas decorrentes da prática das operações típicas previstas no seu objeto social. As receitas financeiras compõem o faturamento de holding não financeira, quando decorrentes de investimentos por conta própria nos mercados financeiros, de capitais, futuros e derivativos e da participação em outras sociedades como sócia, acionista ou quotista.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

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

BASE DE CÁLCULO. INCONSTITUCIONALIDADE DO §1º DO ART. 3º DA LEI Nº 9.718/1998. FATURAMENTO. RECEITA OPERACIONAL.

Entende-se por faturamento, para fins de construção da base de cálculo do PIS, o somatório das receitas oriundas da atividade operacional da pessoa jurídica, ou seja, aquelas decorrentes da prática das operações típicas previstas no seu objeto social. As receitas financeiras compõem o faturamento de holding não financeira, quando decorrentes de investimentos por conta própria nos mercados financeiros, de capitais, futuros e derivativos e da participação em outras sociedades como sócia, acionista ou quotista.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar parcial provimento ao recurso voluntário para excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS, as receitas: Apropriação de Receitas de Dividendos, Equivalência Patrimonial, Reversão de Provisões Operacionais, Outras Receitas Não Operacionais e Despesas Operacionais IR/IOF/DESC. Vencido o Conselheiro Marcelo Costa Marques d'Oliveira que deu provimento integral ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Winderley Morais Pereira - Presidente

(assinado digitalmente)

Semíramis de Oliveira Duro - Relatora

Participaram da presente sessão de julgamento os Conselheiros Winderley Morais Pereira (Presidente), Marcelo Costa Marques d'Oliveira, Valcir Gassen, Liziane Angelotti Meira, Antonio Carlos da Costa Cavalcanti Filho, Ari Vendramini, Salvador Cândido Brandão Junior e Semíramis de Oliveira Duro.

Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão de piso:

4. O processo em exame deve sua origem às declarações de compensação anexas às fls. 3 e 5, apresentadas respectivamente em 29/01/2009 e 29/01/2010.

5. Ambas têm por escopo a compensação de débitos próprios com supostos créditos de Cofins amparados em *decisum* judicial que reconheceu a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da lei nº 9.718/98, que ampliara a base de cálculo dessa contribuição.

6. Tais créditos, relativos ao período de fevereiro de 1999 a janeiro de 2004 (fls. 276/279) e perfazendo o montante de R\$ 37.889.838,12 (fl. 279), foram submetidos ao exame da Administração nos autos do processo nº 18186.005592/2008-56, que trata de pedido de habilitação protocolizado em 02/05/2008 (fl. 274), o qual foi deferido por despacho decisório de 01/10/2008 (fls. 399/401).

7. A autoridade fiscal encarregada do caso intimou o sujeito passivo a fornecer documentos comprobatórios do crédito pleiteado, lavrando com esse fim os Termos de Intimação Fiscal nº 150/2010 (fls. 561/562), nº 164/2010 (fls. 576/577) e nº 196/2010 (fls. 939/940).

8. Em resposta à segunda intimação, apresentou a contribuinte os documentos anexos às fls. 603/604 (índice), 605/669, 672/871 e 874/938; em resposta à terceira, os documentos reunidos nas fls. 941/1.005.

9. Em despacho decisório exarado nas fls. 85/97, a Divisão de Orientação e Análise Tributária (DIORT) da DERAT/SPO reconheceu direito creditório apenas em relação ao ressarcimento de despesas de viagem relativas a janeiro de 2004, fixando-lhe o montante em R\$ 4.449,87 e homologando as compensações em apreço até esse valor.

10. Tomando ciência da decisão em 12/11/2013 (fl. 98), o sujeito passivo apresentou em 12/12/2013 (fl. 1.008) - tempestivamente portanto - a manifestação de inconformidade anexa às fls. 1.010/1.019, cujo teor passo a resumir, acompanhada de copiosa documentação anexa às fls. 1.020/2.082.

Resumo

Ofensa à coisa julgada

1) Alega ofensa à coisa julgada, sustentando que o despacho decisório, ao não homologar as compensações pleiteadas, teria ferido decisão final proferida no mandado de segurança nº 2006.61.00.014342-2, a qual reconheceu o direito à compensação dos créditos de Pis e Cofins resultantes do recolhimento dessas contribuições a maior com base no § 1º do art. 3º da lei nº 9.718/98, declarado inconstitucional pelo STF.

2) Afirma também que a autoridade administrativa aplicou indevidamente o prazo prescricional de 5 anos, sem levar em conta que a referida decisão, transitada em julgado em 11/10/2013, determinara a observância do prazo prescricional de 10 anos para a recuperação do indébito.

3) Além disso - prossegue - a autoridade citada, amparando-se em nova tese jurídica construída com o fito de furtar-se ao cumprimento da ordem judicial, não considerou a exclusão das receitas financeiras da base de cálculo das contribuições em apreço porque, segundo seu equivocado entendimento, a recorrente seria uma empresa holding, cujas receitas devem ser classificadas como receitas típicas/operacionais.

4) Salieta que, para chegar a tal conclusão, qualificando as receitas financeiras da contribuinte como decorrentes de sua atividade fim, a autoridade fiscal levou em conta exclusivamente o objeto social e o CNAE da empresa.

5) No entanto, argumenta, a recorrente “é eminentemente prestadora de serviços administrativos e de assessoria, de maneira que as receitas financeiras obtidas não estão relacionadas à sua atividade típica de prestação de serviços e, portanto devem ser excluídas da base do PIS e da COFINS”.

6) Assinala que, embora tivesse todos os meios para fazê-lo durante o trâmite do mandado de segurança, a União em nenhum momento questionou ou contestou a atividade da empresa ou mesmo a aplicação dos precedentes do STF sobre o assunto ao caso concreto.

7) Ressalta ainda que quaisquer dúvidas quanto à atividade que desempenha ou mesmo quanto à natureza das receitas financeiras que excluiu da base de cálculo das contribuições em causa poderiam ser facilmente elucidadas pela análise da vasta documentação apresentada durante a fiscalização que antecedeu o despacho ora recorrido.

8) A autoridade fiscal, todavia, “além de ignorar as informações e documentos apresentados, ainda afirmou sem qualquer respaldo que o «contribuinte não apresentou os documentos necessários à apreciação do pedido»”.

Nulidade do despacho decisório

9) Proclama a nulidade do despacho decisório, alegando que este deixou de analisar documentos e fatos de extrema relevância, notadamente o prazo prescricional decenal, já mencionado.

10) Assinala que a autoridade administrativa nem sequer tentou descobrir a origem das receitas excluídas da base de cálculo ou mesmo sua relação com a atividade da empresa.

11) Cita, a título de exemplo, o seguinte excerto do despacho decisório: "O ressarcimento de despesas de aluguel se refere provavelmente ao aluguel de instrumentos financeiros, tais como ações, pois estão relacionados a Corretoras de Títulos e Valores Mobiliários (CTVM), atividade que faz parte de seu objeto social (...)".

12) Esclarece que "as despesas de aluguel a que se referem as autoridades fiscais são referentes a reembolso de aluguel pago por empresas do grupo pela utilização do seu espaço físico e não aluguel de instrumentos financeiros", salientando que os documentos apresentados facilmente comprovariam o erro de interpretação.

13) Alude também ao seguinte trecho do despacho impugnado: "O contribuinte deveria ter apresentado a documentação contábil (Razão, Diário Geral, Demonstrativo de Resultados) necessária ao exame e à comprovação das receitas informadas em sua planilha, conforme solicitado por meio do Termo de Intimação Fiscal nº 196/2010 (...)".

14) Contestando tal informação, afirma que apresentou "pontual e integralmente" os documentos solicitados, conforme se vê pelas respostas às intimações recebidas (documentos nº 8 e nº 9).

15) Em remate, invocando os princípios do contraditório, da ampla defesa e da segurança jurídica, afirma que sua defesa ficou sobremaneira prejudicada, tendo em vista que "o Fisco não considerou os documentos necessários à elucidação dos fatos, bem como argumentos decisivos para a aplicação da legislação ao caso concreto".

Atividade exercida

16) Saliencia ser "empresa essencialmente prestadora de serviços, de maneira que as receitas financeiras auferidas não se enquadram no conceito de faturamento previsto nas Leis Complementares nºs 7/70 e 70/91 para fins de apuração da base de cálculo do PIS e da COFINS e, portanto, foram devidamente excluídas pela Requerente".

17) Junta, a título de comprovação, "os contratos celebrados com seus clientes e vigentes no período de fevereiro/99 a janeiro/2004 discutido nesses autos, que ilustram de forma clara a atividade efetivamente desempenhada referente a suporte logístico e operacional, serviços administrativos e de assessoria empresarial (doc. nº 10)".

18) Junta também "cópia das notas fiscais de prestação de serviço e respectivos comprovantes de recolhimento de ISS do período acima mencionado (docs. nºs 11 e 12)", documentos que, no seu entender, comprovam "que sua atividade é de fato prestação de serviços administrativos e de assessoria".

19) Assevera que a autoridade fiscal não efetuou qualquer exame das atividades desempenhadas pela empresa para chegar à conclusão de que as receitas citadas no

despacho decisório seriam decorrentes de sua operação, estribando-se “exclusivamente na descrição do objeto social da Requerente constante do seu contrato social, bem como no seu CNAE para enquadrá-la nessa categoria, o que não representa qualquer lógica jurídica”.

20) Afirma que nenhuma das receitas desconsideradas decorre de sua atividade fim “ou mesmo da prestação de serviços e/ou venda de mercadorias. Referidas receitas são referentes simplesmente às aplicações financeiras do caixa ou decorrentes de participação em outras sociedades, que em nenhum momento se relacionam com a atividade fim de empresa que é prestar serviços”.

21) Assinala que “a previsão dos itens «investimentos por conta própria nos mercados financeiros, de capitais, futuros e derivativos» e «participação em outras sociedades» no seu contrato social ou mesmo o seu enquadramento no CNAE não comprovam, em absoluto, que as receitas financeiras sejam relacionadas à operação da empresa”.

22) A seu ver, “o que comprova efetivamente a atividade desempenhada pela Requerente e, conseqüentemente, quais receitas são relativas à sua operação são os contratos firmados com seus clientes, o que sequer foi examinado pela fiscalização”.

23) Quanto ao CNAE, tece ainda as seguintes observações:

- “O CNAE 64.62-0-00 passou a ser adotado pela Requerente apenas em 2013, sendo que até este ano o CNAE utilizado indicava "Outros serviços prestados principalmente as empresas" (74.99-3/99 - doc. nº 13). Ora, não há qualquer respaldo fático ou jurídico na linha de argumentação do despacho decisório de fls. 85/97 se o CNAE utilizado pelas autoridades fiscais sequer se referia ao CNAE empregado à época dos créditos pleiteados.”

- Tal argumento, além disso, é falacioso, já que mesmo o enquadramento da empresa no CNAE 64.62-0-00 não indica que ela não seja efetivamente prestadora de serviços, como se depreende da nota explicativa transcrita na fl. 1.018: “as holdings podem exercer ou não funções de gestão e administração de negócios das empresas do grupo”.

24) Por fim, afirma estar mais do que comprovado que exerce atividade de prestação de serviços, de modo que as receitas financeiras excluídas da base de cálculo do Pis e da Cofins não decorrem de sua atividade típica nem representam receita de faturamento de prestação de serviços.

Conclusão

25) Requer se reconheça em preliminar a nulidade do despacho decisório e se devolvam os autos à unidade de origem para a prolação de novo despacho ou, no mérito, se reforme o referido despacho, reconhecendo-se integralmente o direito creditório pleiteado e homologando-se as compensações realizadas.

26) Protesta “pela juntada posterior de documentos, conversão do julgamento em diligência, bem como a realização de eventual perícia contábil neste processo administrativo para a elucidação da verdade real dos fatos ora alegados”.

11. Esta Turma de Julgamento, em resolução proferida nas fls. 2.092/2.094, determinou a realização de diligência para que se verificasse a existência de

eventuais créditos no período de fevereiro de 1999 a junho de 2001, considerado prescrito no despacho decisório.

12. A autoridade fiscal, em relatório anexo à fl. 2.095, informou que, examinando o Livro Razão relativo a esse período, não encontrou nenhum novo crédito passível de compensação.

13. Cientificada do relatório em 19/08/2015 (fl. 2.100), a contribuinte manifestou-se por meio da petição anexa às fls. 2.104/2.106 e 2.110/2.112, na qual alega em síntese que:

a) arguiu em sua manifestação de inconformidade a nulidade do despacho decisório porque este deixara de analisar documentos apresentados para comprovação do crédito e não analisara todo o período reconhecido pela decisão final proferida no mandado de segurança nº 2006.61.00.014342-2;

b) a DRJ converteu o julgamento em diligência precisamente para que se efetuasse tal análise;

c) no relatório apresentando, entretanto, a autoridade fiscal se limita a afirmar que o Livro Razão juntado aos autos pela recorrente contém contas relativas a receitas que já analisara ao proferir o despacho decisório, sem examinar a natureza dos valores que compõem tais contas nem os documentos relativos a cada uma delas;

d) a referida autoridade não se dignou sequer esclarecer o critério utilizado na análise que a levou à conclusão apresentada;

e) assim tal relatório não atende sequer superficialmente o que foi determinado pela resolução da DRJ, que pedia o exame dos documentos referentes a cada uma das contas e a elaboração de relatório detalhado com as conclusões a respeito da existência ou não de crédito passível de compensação;

f) entende portanto ainda padecer de nulidade o despacho decisório impugnado, já que permanecem sem qualquer análise os documentos apresentados “que comprovam integralmente a natureza das receitas excluídas da base de cálculo da COFINS e a existência do crédito utilizado na compensação”.

14. No mais, invoca os argumentos já apresentados na manifestação de inconformidade e reitera os pedidos de nova decisão ou reforma do despacho decisório.

A 6ª Turma da DRJ/SPO, no acórdão nº 16-72.362, negou provimento à manifestação de inconformidade, com decisão assim ementada:

COISA JULGADA. BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO. FATURAMENTO.

Declarada a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da lei nº 9.718/98, que estabelecia a incidência da Cofins sobre a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, essa contribuição continua sendo devida sobre o faturamento, nos termos da lei complementar nº 70/1991, consoante decisão proferida no mandado de segurança impetrado pela recorrente.

FATURAMENTO. CONCEITO.

O faturamento compreende o conjunto das receitas oriundas do exercício do objeto social, aí incluídas as receitas financeiras quando decorrentes de atividades típicas da empresa.

DESPACHO DECISÓRIO. PRELIMINAR DE NULIDADE. DESCABIMENTO.

Não se vislumbram no caso as hipóteses de nulidade previstas no art. 12, I, do Decreto nº 7.574, de 29 de setembro de 2011.

Em seu recurso voluntário, a empresa reitera os fundamentos de sua manifestação de inconformidade. Não houve juntada de novos documentos no recurso voluntário.

É o relatório.

Voto

Conselheira Semíramis de Oliveira Duro, Relatora

O recurso voluntário é tempestivo e reúne os pressupostos legais de interposição, dele, portanto, tomo conhecimento.

Preliminar

Quanto à alegação de que o despacho decisório é nulo, por falta de análise de todos os documentos e fatos relativos ao crédito utilizado nas declarações de compensação, entendo não assistir razão à Recorrente.

Nos termos do art. 59 do Decreto nº 70.235/72, os despachos e as decisões administrativas somente serão nulos se lavrados por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Não se observa nenhuma dessas hipóteses, porquanto o despacho decisório foi lavrado por autoridade competente, bem como está devidamente motivado, apresentando os fundamentos de fato e de direito em que se alicerçou.

Mérito

A Recorrente apresentou declarações de compensação protocolizadas em 29/01/09 e 29/01/10, referente a crédito analisado no processo administrativo nº 18186.005592/2008-56 que trata de pedido de habilitação de crédito reconhecido por decisão judicial não transitada em julgado de créditos de PIS/COFINS recolhidos com base no §1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, no montante de R\$ 37.889.838,12 (trinta e sete milhões, oitocentos e oitenta e nove mil, oitocentos e trinta e oito reais e doze centavos).

No Mandado de Segurança nº 2006.61.00.0143422, com pedido de liminar, a empresa sustentou a inconstitucionalidade §1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, bem como requereu a compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de PIS (base de cálculo

- fatos geradores de fev/99 a nov/02) e da COFINS (base de cálculo - fatos geradores de fev/99 a jan/04), contra parcelas vincendas de tributos e contribuições administrados pela RFB, nos termos da Lei nº 9.430/96 e alterações posteriores, afastando-se as restrições previstas no art. 170-A do CTN e art. 50, § 1º da IN nº 600/05 (compensação somente após o trânsito em julgado), corrigidos monetariamente pela SELIC, observando o prazo prescricional conforme entendimento do STJ e sua interrupção pela Medida Cautelar de Protesto nº 2005.61.00.0101332, ajuizada antes da vigência da LC nº 118/2005.

A Recorrente aduz que o resultado do Mandado de Segurança impede a inclusão de todas as suas receitas financeiras na base de cálculo do PIS e da COFINS, por ser holding de prestação de serviços.

Para tanto, anexa como prova os contratos celebrados com seus clientes (e-fls. 1.312/1.389), notas fiscais de prestação de serviço (e-fls. 1.390/2.007) e comprovantes de recolhimento do ISS (e-fls. 2.008/2.080).

Acrescenta que as receitas au tuadas se referem simplesmente a aplicações financeiras do caixa ou à participação em outras sociedades, não tendo nenhuma relação com sua atividade-fim, que é prestar serviços.

O alcance do termo faturamento abarcando a atividade empresarial típica restou assente no RE nº 585.235/MG, no qual se reconheceu a repercussão geral do tema concernente ao alargamento da base de cálculo da COFINS prevista no §1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, reafirmando a jurisprudência consolidada pelo STF:

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 nº 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.

No voto, o Ministro Cezar Peluso consignou:

O recurso extraordinário está submetido ao regime de repercussão geral e versa sobre tema cuja jurisprudência é consolidada nesta Corte, qual seja, a inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, que ampliou o conceito de receita bruta, violando, assim, a noção de faturamento pressuposta na redação original do art. 195, I, b, da Constituição da República, e cujo significado é o estrito de receita bruta das vendas de mercadorias e da prestação de serviços de qualquer natureza, ou seja, soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais...

Observe-se outros precedentes da Corte Suprema: RE 683.334 AgR, RE 390.840, RE 608.830-AgR; RE 621.652-AgR; RE 371.258-AgR; AI 716.675-AgR- AgR; AI 799.578-AgR; RE 656.284; ARE 643.823/PR; AI 776; ARE 645.618; RE 630.728; 621.675; RE 390.840; RE 654.840 e RE 641.052.

A decisão proferida pelo STF no RE nº 585.235/MG é de observância obrigatória por este órgão julgador, nos termos do art. 62, § 1º, I, do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343 de 9 de junho de 2015.

Restou pacificado que a declaração de inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 não afastou a tributação sobre as receitas oriundas do exercício das atividades empresariais típicas da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Dessa forma, considera-se como faturamento as receitas que decorrem da venda de mercadorias, da venda de serviços ou de mercadorias e serviços, não se considerando receita de natureza diversa. É o resultado econômico da atividade empresarial estatutária (operacional), que constitui a base de cálculo do PIS e da COFINS.

A Recorrente é *holding de instituições não financeiras*, sendo as suas atividades estatutárias as seguintes:

- a representação no Brasil da Morgan Stanley, suas subsidiárias e afiliadas, promovendo seus serviços e produtos;
- a representação de outras sociedades, nacionais ou estrangeiras, por conta própria ou de terceiros;
- **investimentos por conta própria nos mercados financeiros, de capitais, futuros e derivativos; e**
- **a participação em outras sociedades como sócia, acionista ou quotista.**

Na base de cálculo do PIS e da COFINS, foram inseridas pela fiscalização, as seguintes receitas da Recorrente:

- rendas de fundos de investimentos e ações
- renda de depósitos a prazo;
- revalorização de investimentos;
- ressarcimento de despesa de aluguel;
- apropriação de receitas de dividendos;
- reversão de provisões operacionais;
- equivalência patrimonial;
- despesas operacionais;
- outras receitas não operacionais;
- revalorização cambial
- variação monetária ativa.

Manifesto-me a seguir sobre cada grupo de receitas.

Rendas de fundos de investimentos e ações, revalorização de investimentos, renda de depósitos a prazo e revalorização cambial

Aduziu a fiscalização que, com base no Livro Razão, essas receitas referem-se a lançamentos de resultados de investimento em outras empresas e suas atualizações e a juros sobre investimentos em outras empresas.

Por sua vez, a revalorização cambial, segundo a fiscalização, conforme e-fls. 778/781, é a reavaliação de participações, denominadas em moeda estrangeira, em outras empresas.

Entendo que não há reparos a serem feitos na autuação, uma vez que são receitas financeiras advindas da atividade-fim da empresa, referentes a investimentos por conta própria nos mercados financeiros, de capitais, futuros e derivativos, e da participação em outras sociedades como sócia, acionista ou quotista.

Ao contrário do que alega a contribuinte, não se trata de incluir na base de cálculo das contribuições as receitas levando em conta apenas o código de atividade econômica (CNAE) da empresa, mas sim de cotejar o objeto social, a natureza das receitas e a escrituração delas no Livro Razão.

Ressarcimento de despesas de aluguel

Quanto a essa conta, a fiscalização sustentou que “se refere provavelmente ao aluguel de instrumentos financeiros, tais como ações, pois estão relacionados a Corretoras de Títulos e Valores Mobiliários (CTVM), atividade que faz parte de seu objeto social, de acordo com os lançamentos contábeis às fls. 758/759, 772/773, 797/798 e 823/824.”

Por outro lado, a empresa alega que não se trata de aluguel de instrumentos financeiros, mas sim de reembolso de aluguel pago por empresas do grupo pela utilização de seu espaço físico e que os documentos apresentados facilmente demonstram tal fato.

Concordo com os termos da decisão recorrida, na negativa de provimento ao apelo, pois “ao impugnar o despacho decisório, apresentou um único contrato de sublocação de imóvel (fls. 1.348/1.350), contrato este firmado apenas em 30/12/2004, ao passo que as receitas contabilizadas na conta em apreço se referem ao período de maio de 2000 (fl. 991) a janeiro de 2004 (fl. 170). Embora esse documento mencione um contrato anterior celebrado em 26/12/2001, do qual seria aditamento, a defendente não juntou cópia deste último.”

E, “a recorrente não se deu sequer ao trabalho de esclarecer a que empresas se referem as siglas utilizadas na coluna “histórico” do Livro Razão (fls. 124/125, 138/139, 163/164 e 189/190) e tampouco apresentou os respectivos contratos de aluguel.”

Cumpra à contribuinte apresentar as provas do direito ao indébito pleiteado, o que não aconteceu. Isso porque o ônus de provar recai sobre quem alega o fato ou o direito (art. 333 do CPC/73 e art. 373 do CPC/15). Assim, é da própria contribuinte o ônus de registrar, guardar e apresentar os documentos e demais elementos que testemunhem o seu direito ao creditamento.

“Apropriação de Receitas de Dividendos”, “Equivalência Patrimonial”, “Reversão de Provisões Operacionais”, “Outras Receitas Não Operacionais” e “Despesas Operacionais IR/IOF/DESC”

No tocante a essas receitas, a glosa se deu pelas seguintes razões:

a) A empresa já deveria ter excluído essas receitas da base de cálculo, por força do art. 3º, §2º, II da Lei nº 9.718/98.

b) Tais exclusões não têm nenhuma relação com o provimento obtido no mandado de segurança.

c) Se os incluiu indevidamente na base de cálculo das contribuições, realizando nesta hipótese pagamentos a maior, somente poderia pleitear-lhes a restituição no prazo de 5 anos contados da data de cada recolhimento, consoante prevê o art. 168, I, do CTN. Dessa forma, ainda que tivesse havido recolhimentos a maior, o que a contribuinte não logrou comprovar, em 02/05/2008, quando protocolizou o pedido de **habilitação** de crédito, a maior parte do indébito já teria sido alcançada pela decadência.

Dispunha o art. 3º, §2º, II da Lei nº 9.718/98, vigente à época, que:

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

§ 2º Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições a que se refere o art. 2º, excluem-se da receita bruta:

II - as reversões de provisões e recuperações de créditos baixados como perda, que não representem ingresso de novas receitas, o resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor do patrimônio líquido e os lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, que tenham sido computados como receita.

Entendo que essas receitas devem ser excluídas da base de cálculo do PIS e da COFINS, diante da medida cautelar de protesto interruptiva da prescrição, proposta antes do início da vigência de LC nº 118/2005.

Em virtude dessa ação cautelar, o TRF da 3ª Região considerou que nenhum período entre 01/02/1999 a 31/01/2004 estava prescrito.

A medida teve como objetivo obstar a ocorrência da prescrição quanto aos recolhimentos indevidos efetuados em virtude do art. 3º, §1º da Lei nº 9718, mas embora essas exclusões da base de cálculo não sejam objeto do mandado de segurança, foi assegurado à empresa reconstituir sua base de cálculo em todo o período pleiteado (01/02/1999 a 31/01/2004).

Assim, a recomposição da base de cálculo da Recorrente para a configuração do indébito envolve proceder às exclusões autorizadas por lei.

Logo, deve ser dado provimento ao recurso voluntário neste tópico.

Variações monetárias

A fiscalização aponta que, observando-se o Livro Razão da contribuinte (e-fls. 540 e 553), essas receitas decorrem de atualização de impostos a recuperar e não de direitos de crédito. Ou seja, são estimativas de correção de valores a serem eventualmente restituídos, o que descaracterizaria tais receitas como variações monetárias ativas e, conseqüentemente, como receita financeira.

Tal como já tratado acima, o ônus da prova do direito é da contribuinte, já que lhe cabe a iniciativa e o interesse em ver reconhecido seu direito creditório.

Não há descrição dessa conta e documentação que permita descaracterizá-la como receita operacional.

Conclusão

Do exposto, voto por dar provimento parcial ao recurso voluntário, para excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS, as receitas: Apropriação de Receitas de Dividendos, Equivalência Patrimonial, Reversão de Provisões Operacionais, Outras Receitas Não Operacionais e Despesas Operacionais IR/IOF/DESC.

(assinado digitalmente)

Semíramis de Oliveira Duro - Relatora