



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

Processo n° 10650.001061/2005-14
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3301-003.209 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de fevereiro de 2017
Matéria PIS
Recorrente COMPANHIA BRASILEIRA DE METALURGIA E MINERAÇÃO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/07/2005 a 30/09/2005

PIS - COFINS. INCIDÊNCIA MONOFÁSICA. CREDITAMENTO. IMPOSSIBILIDADE

Tratando-se de aquisições sujeitas à alíquota "0" (zero), ainda que se trate de produto com incidência monofásica, não é cabível o crédito da contribuição em conformidade com a vedação disposta nos §§ 2º das Leis 10.833, de 2003, para a Cofins e 10.637, de 2002, para o PIS/Pasep.

A incidência monofásica não se compatibiliza com a técnica do creditamento.

MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS. CRÉDITO SOBRE DEPRECIÇÃO.

A pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados sobre encargos de depreciação em relação às máquinas e aos equipamentos adquiridos e utilizados diretamente na fabricação de produtos destinados à venda.

CESSÃO DE ICMS. INCIDÊNCIA DO PIS/Pasep.

A cessão de direitos de ICMS não compõe a base de cálculo para a contribuição.

Recurso Voluntário parcialmente provido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado: 1. Quanto à possibilidade de aumentar a base de cálculo da contribuição ao PIS em pedidos de restituição ou compensação: por unanimidade, negar provimento ao Recurso Voluntário. 2.1. A respeito dos créditos referentes as aquisições de GLP e álcool hidratado: por maioria de votos, negar provimento ao Recurso Voluntário, vencidos o Relator e as Conselheiras Maria Eduarda Simões e Semíramis de Oliveira Duro. Redator designado: José Henrique Mauri. 2.2. Encargos de depreciação de máquinas e equipamentos, alocados nos centros de custos AGU (Abastecimento e Tratamento

de Água) e ENE (Subestação Energia Elétrica) 2.2.1. Abastecimento e tratamento de água 2.2.2. Subestação Energia Elétrica: por unanimidade, dar provimento ao Recurso Voluntário. 2.3. Glosa dos encargos de depreciação de outros itens do ativo imobilizado: por maioria de votos, dar provimento ao Recurso Voluntário apenas quanto ao item 12 da tabela, nos termos do voto do relator. Vencidos os Conselheiros José Henrique Mauri e Marcelo Costa Marques D'Oliveira, que davam provimento também quanto ao item 7 e 10, e a Conselheira Maria Eduarda Alencar Câmara Simões, que dava provimento também quanto aos itens 2, 3, 5, 7, 9 e 10. 2.4. Glosa de encargos de depreciação de itens do ativo imobilizado adquiridos antes de 30 de abril de 2004: por unanimidade, negar provimento ao Recurso Voluntário. 3. A cessão de créditos do ICMS: por unanimidade, dar provimento ao Recurso Voluntário.

Luiz Augusto do Couto Chagas - Presidente.

Valcir Gassen - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Luiz Augusto do Couto Chagas, José Henrique Mauri, Marcelo Costa Marques d'Oliveira, Liziane Angelotti Meira, Maria Eduarda Alencar Câmara Simões, Antonio Carlos da Costa Cavalcanti Filho, Semíramis de Oliveira Duro e Valcir Gassen.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo Contribuinte contra decisão consubstanciada no Acórdão nº 09-30.118 (fls. 342 a 352), de 23 de junho de 2010, proferido pela 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Juiz de Fora (MG) – DRJ/JFA – que julgou, por unanimidade de votos, improcedente a manifestação de inconformidade do Contribuinte.

Visando a elucidação do caso e a economia processual adoto e cito o relatório do Acórdão ora recorrido:

Trata-se o presente das Declarações de Compensação de débitos, no valor total de R\$1.644.342,62, com crédito do PIS — regime não cumulativo, relativo ao 3º trimestre de 2005, constantes dos processos relacionados às fls. 182.

Os processos acima mencionados foram apensados ao presente processo para análise em conjunto, uma vez que se referem ao mesmo crédito solicitado.

Da verificação da legitimidade do crédito solicitado resultou o Relatório Fiscal Final (fls. 151 a 158), do qual se extrai as seguintes glosas:

- bens utilizados como insumos (gás liquefeito do petróleo - GLP e álcool etílico, produtos adquiridos sujeitos à alíquotas zero)
- serviços utilizados como insumos (pintura de equipamentos);
- encargos de depreciação de bens do ativo imobilizado: (i) sobre máquinas e equipamentos nos centros de custos AGU — Abastecimento e Tratamento de Água e ENE — Subestação de Energia Elétrica por não afetarem a produção diretamente;

(ii) móveis e equipamentos não utilizados na fabricação dos produtos vendidos; (iii) equipamentos formados por aquisições de peças e serviços antes de 30/04/2004
- ajuste negativo do crédito (aumento da base de cálculo da contribuição, adicionando valores relativos à cessão de créditos de ICMS).

A DRF-Uberaba/MG emitiu Despacho Decisório, no qual homologa parcialmente a compensação pleiteada, até onde as contas se encontrarem, fls. 182 a 190, nos seguintes termos:

Conforme os fundamentos acima e com base na Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, que instituiu o regime de apuração não-cumulativa da Contribuição para o PIS/Pasep e considerando que foi apurado em diligência fiscal base de cálculo a maior para a referida contribuição e créditos da não cumulatividade, e ainda, que foi apurado saldo remanescente de créditos passível de compensação;

DECIDO:

1. RECONHECER O DIREITO CREDITÓRIO no valor de R\$510.320,67 referente ao período de apuração julho/2005; de R\$511.488,87 referente ao período de apuração agosto/2005 e de R\$ 556.656,09, referente ao período de apuração setembro/2005, perfazendo o valor de R\$1.578.465,63(Hum milhão quinhentos e setenta e oito mil, quatrocentos e sessenta e cinco reais e sessenta e três centavos) dos créditos relativos 3º Trimestre/2005;

2) HOMOLOGAR PARCIALMENTE as compensações realizadas relacionadas no relatório acima - respeitado as vinculações dos respectivos períodos de apuração até onde as contas se encontrarem,

3) EXIGIR os débitos indevidamente nelas compensados, com base no § 6º do art. 74 da Lei nº 9 430 de 1996 e § 4º do art. 34 da IN RFB nº 900 de 2008.

Fica a empresa ciente que deverá executar em seus livros fiscais e contábeis a adequação de seus registros e de suas informações prestadas a RFB, através dos sistemas informatizados disponíveis, em decorrência dos valores apurados em diligência fiscal e da parte do crédito pleiteado que foi objeto de glosa e/ou reconhecimento de ofício.

Nos termos do Decreto nº 70.235 de 1972 - com as alterações posteriores do § 9º do art 74 da Lei 9 430 de 1996 e do art 66 da IN RFB nº 900 de 2008, cabe manifestação de inconformidade contra o despacho decisório dirigida a DRJ de Juiz de Fora/MG no prazo de 30 (trinta) dias, contado da ciência deste despacho decisório.

À Sarac para cientificar a interessada intimar o sujeito passivo a efetuar o pagamento dos débitos indevidamente compensados no prazo de 30 (trinta) dias contados da ciência deste despacho decisório na forma do § 7º do art 74 da Lei ° 9 430 de 1996 e art 37 da IN RFB nº 900, de 2008 e adotar as demais providências a seu cargo.

A empresa apresenta manifestação de inconformidade (fls. 212 a 241), na qual após as alegações deduzidas, requer:

Por todo o exposto, seja com base nas preliminares, seja com fundamento nas razões de mérito, conclui-se que deve o r. despacho decisório ser modificado "in totum", para o fim de (i) cancelar as glosas realizadas na apuração dos créditos da contribuição ao PIS; (ii) determinar a exclusão dos montantes recebidos em contrapartida à cessão dos créditos do ICMS, da base de cálculo daquela exação; (iii) refazer o cálculo do percentual de rateio de créditos entre o mercado interno e externo (iv) homologar integralmente as compensações realizadas pela requerente,

nos autos dos processos n. 10650.001061/2005-14, 13646.000238/2005-12 e 13646.000255/2005-41 e (V) cancelar as respectivas Cartas Cobrança.

Protesta a requerente provar o alegado por todos os meios de prova admitidos, especialmente a produção de perícia e juntada de documentos.

Em atendimento ao disposto no inciso V do art. 16 do Decreto n. 70235, de 6.3.1972, a requerente informa que a matéria objeto desta manifestação de inconformidade não foi submetida à apreciação judicial.

Diante do relatório acima posto, o acórdão recorrido contemplou a seguinte redação em sua ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/07/2005 a 30/09/2005

NÃO CUMULATIVIDADE. CRÉDITOS. BENS NÃO SUJEITOS AO PAGAMENTO DA CONTRIBUIÇÃO.

Não dará direito a crédito o valor da aquisição de bens ou serviços não sujeitos ao pagamento da contribuição, inclusive no caso de isenção, esse último quando revendidos ou utilizados como insumo em produtos ou serviços sujeitos à alíquota 0 (zero), isentos ou não alcançados pela contribuição.

MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS. CRÉDITO SOBRE DEPRECIÇÃO.

A pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados sobre encargos de depreciação, somente em relação às máquinas e aos equipamentos adquiridos para utilização na fabricação de produtos destinados à venda.

CESSÃO DE ICMS. INCIDÊNCIA DO PIS/Pasep.

A cessão de direitos de ICMS compõe a receita do contribuinte, sendo base de cálculo para a contribuição.

PRODUÇÃO DE NOVAS PROVAS. PEDIDO DE PERÍCIA.

Não atendidos os requisitos legais de admissibilidade, indefere-se pedido de juntada de novas provas e considera-se não formulado o pedido de realização de perícia.

Haja vista a decisão pela improcedência da manifestação de inconformidade no acórdão ora recorrido, o Contribuinte ingressou com Recurso Voluntário (fls. 364 a 404), em 19 de agosto de 2010.

Pleiteia a reforma da decisão “ (...) cancelando-se as glosas realizadas na apuração dos créditos da contribuição ao PIS, determinando-se a exclusão dos montantes recebidos em contrapartida à cessão dos créditos do ICMS, da base de cálculo daquela exação, bem como homologando integralmente as compensações realizadas pela recorrente, nos processos nº 10650.0011061/2005-14, 13.646.000238/2005-12 e 13646.000255/2005-41”.

Em Resolução nº 3101-000.185 (fls. 440 a 446), da 1ª Câmara/1ª Turma Ordinária da 3ª Seção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, em 11 de novembro de 2011, acordaram os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em converter o julgamento em diligência.

Por intermédio dessa Resolução requereu-se o seguinte:

1) intime a recorrente, para trazer aos autos, em prazo razoável, não inferior a 60 dias, laudo de perito competente, que descreva o processo produtivo da empresa, e que aponte a existência, ou não, e em que medida, da utilização dos centros de custos AGU – Abastecimento e Tratamento de Água, ENE – Subestação Energia

Elétrica, e dos móveis e equipamentos relacionados no item 5.2 do Relatório Fiscal, na produção de bens destinados à venda, ou na prestação de serviços;

2) ato contínuo à juntada do laudo, promova diligência fiscal in loco, para verificar as conclusões do laudo pericial, elaborando Relatório conclusivo e sucinto acerca da utilização dos centros de custos AGU – Abastecimento e Tratamento de Água ENE – Subestação Energia Elétrica, e dos móveis e equipamentos relacionados no item 5.2 do Relatório Fiscal, em quadro pormenorizado.

O Contribuinte apresenta em laudo detalhado (fls. 453 a 546), em 11 de junho de 2012, a descrição de cada etapa do processo produtivo em análise nos autos, em resposta a Intimação nº 16/2012/ARF/AXA/MG.

O Relatório de Diligência (fls. 573 e 574) é apresentado visando suprir as dúvidas levantadas pela Resolução do CARF supra citada e responde da seguinte forma:

(...)

3 - Dentre os diversos bens relacionados no Laudo, somente quatro constam do Relatório Fiscal. Um, no subitem 5.1, e três, no subitem 5.2. Portanto, a diligência se restringiu a estes bens, conforme a seguir.

4 - Bens objetos da diligência:

a) A bomba modelo Bek/16 vedação para gaxeta, imobilizado nº 6945, está relacionada no subitem 5.1 do Relatório Fiscal e no item 30, fls. 26, do Laudo. Conforme descrito no referido Laudo, alimenta de água a caldeira que gera vapor utilizado na produção;

b) O armário alto fechado, imobilizado nº 6888, está relacionado no subitem 5.2 do Relatório Fiscal e no item 66, fls. 55, do Laudo. Localiza-se em sala de comando de operações e destina-se a arquivo de manuais e outros documentos utilizados na planta industrial;

c) O aparelho de ar condicionado Gree K-7 4100, imobilizado nº 6904, está relacionado no subitem 5.2 do Relatório Fiscal e no item 102, fls. 77, do Laudo. Está instalado em sala de operações e, conforme descrito no Laudo, destina-se a reduzir a temperatura ambiente para proteger equipamentos sensíveis ao calor;

d) O rádio VHF mod em 2004 canais, imobilizado nº 7058, está relacionado no subitem 5.2 do relatório Fiscal e no item 127, fls. 93, do Laudo. Situa-se em sala de operações e, conforme descrito no Laudo, é instrumento de comunicação indispensável às operações da planta industrial.

5 – É o Relatório.

O Contribuinte, por sua vez, apresentou manifestação (fls. 578 a 585) em relação ao Relatório de Diligência alegando que a análise da fiscalização foi insuficiente, pois não verificou parte dos bens constantes no laudo de funcionalidade e objeto da glosa fiscal.

O Contribuinte apresentou Requerimento (fls. 615 a 617) em 15 de abril de 2013, ao Conselheiro Henrique Pinheiro Torres, Presidente da 1ª Turma Ordinária, da 1ª Câmara da 3ª Seção, do CARF com o seguinte teor:

1. Dos fatos.

Trata-se de recurso voluntário interposto contra o v. acórdão n. 09-30118, de 23.6.2010, proferido pela 1ª Turma da DRJ em Juiz de Fora — MG, que manteve integralmente o despacho decisório, de 15.3.2010, por meio do qual a fiscalização homologou parcialmente as declarações de compensação apresentadas pela ora requerente de créditos da contribuição para o programa de integração social (PIS),

apurada no regime não-cumulativo, relativos ao terceiro trimestre de 2005, com débitos relativos a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

O julgamento do recurso voluntário, em 11.11.2011, foi convertido em diligência pela 1ª Turma Ordinária, 1ª Câmara, da 3ª Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, por unanimidade de votos.

Determinou-se, na ocasião, a elaboração de laudo que atestasse a vinculação dos bens objeto da glosa fiscal ao processo produtivo da requerente, bem como uma análise *in loco*, por parte das autoridades fiscais, da validade das informações constantes do referido laudo.

Devidamente intimada da Resolução, a requerente acostou o laudo aos autos, o qual apresenta com minúcias a funcionalidade de diversos itens não reconhecidos pela fiscalização. Ato contínuo, promoveu-se a diligência à unidade produtiva da requerente, a fim de validar as informações constantes do laudo.

Não obstante a amplitude do laudo apresentado nos autos, a fiscalização constatou, erroneamente, e sem justificar seu comportamento, que apenas pequena parcela de itens glosada constava do laudo, mais precisamente quatro deles, o que a levou a limitar o objeto da diligência tão somente aqueles bens.

É possível que a análise da fiscalização tenha se limitado a quatro itens, em razão de a descrição dos bens, no laudo e no relatório que acompanhou as glosas fiscais, às vezes, variar por conta de uma palavra, ou de um código na nomenclatura do bem.

Ocorre que essas variantes não interferem na natureza dos bens, que é exatamente a mesma, conforme se verifica na planilha anexa (doc. 01).

Seja como for, se dúvidas havia quanto à identidade dos bens, não deveria a fiscalização proceder à análise de apenas quatro deles, sem intimar a requerente a prestar esclarecimentos porventura necessários.

Fato é que a requerente não pode, de modo algum, ser prejudicada em seu direito em razão da análise insuficiente promovida pela fiscalização.

Nesse sentido, com o intuito de dirimir eventuais dúvidas, a requerente pede vênias para acostar aos autos laudo de funcionalidade complementar, o qual demonstra, de forma cabal, a intrínseca relação dos itens indevidamente glosados pela fiscalização ao seu processo produtivo (doc. 02).

2. Requerimento final

Face ao que precede, e reportando-se a tudo o mais que dos autos consta, a requerente postula o conhecimento e provimento de seu recurso, de modo que o acórdão recorrido seja reformado, reconhecendo-se a validade do creditamento da contribuição ao PIS, bem assim o caráter indevido da inclusão dos ingressos derivados da cessão de crédito de ICMS na base de cálculo daquela contribuição.

Caso assim não se entenda, o que se admite apenas para fins de argumentação, a requerente postula a realização de nova diligência para verificação da verossimilhança das informações contidas no laudo apresentado, que não foram apreciadas na diligência fiscal em foco.

A 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da 3ª Seção do CARF emitiu, em 23 de abril de 2013, a Resolução nº 3101-000.270 (fls. 646 a 649) que converte, novamente, por unanimidade de votos, o julgamento em diligência, requerendo que:

- 1) a recorrente seja intimada a apontar de maneira taxativa a correspondência entre os itens constantes do laudo técnico juntado aos autos e do Relatório Fiscal Final

(do qual foram extraídas as glosas a título de encargos de depreciação de bens do ativo imobilizado, ora *sub analis*) em prazo de 60 dias.

- 2) Ato contínuo à manifestação da recorrente em virtude do item supra, promova nova diligência fiscal *in loco*, para verificar de forma ampla as conclusões do laudo pericial, levando em consideração a correspondência entre os itens constantes do laudo técnico juntado aos autos e do Relatório Fiscal Final e elaborando Relatório conclusivo e sucinto acerca da utilização dos centros de custos AGU – Abastecimento e Tratamento de Água, ENE – Subestação Energia Elétrica, e dos móveis e equipamentos relacionados no item 5.2 do Relatório Fiscal, em quadro pormenorizado.

Em cumprimento à Resolução nº 3101-000.270 o Contribuinte apresenta em 20 de dezembro de 2013 (fls. 656 a 746) Laudo de Funcionalidade com o fito de contemplar as demonstrações e os esclarecimentos objeto da diligência fiscal.

Com a apresentação por parte do Contribuinte do Laudo de Funcionalidade, a administração fiscal apresentou, em 28 de abril de 2014, o Relatório de Diligência (fls. 747 a 750) em atendimento à Resolução nº 3101-000.270.

Por sua vez o Contribuinte apresentou manifestação (fls. 753 a 764) em face do citado Relatório de Diligência, requerendo que sejam acolhidos os fundamentos apresentados, reconhecendo-se o crédito postulado.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Valcir Gassen

O Recurso Voluntário interposto pelo Contribuinte, em face da decisão consubstanciada no Acórdão nº 09-30.118 (fls. 342 a 352), de 23 de junho de 2010, é tempestivo e atende os pressupostos legais de admissibilidade, motivo pelo qual deve ser conhecido.

Conforme se verifica nos autos, a lide está vinculada 1) à discussão da possibilidade de aumentar-se a base de cálculo do PIS em pedidos de compensação e ou restituição; 2) às glosas realizadas na apuração dos créditos da contribuição, e, 3) se os ingressos financeiros decorrentes da cessão de créditos de ICMS integram a base de cálculo da Contribuição. Assim, as compensações foram homologadas parcialmente em razão de glosas dos créditos apurados na contribuição ao PIS.

1. Quanto à possibilidade de aumentar a base de cálculo da contribuição ao PIS em pedidos de restituição ou compensação.

Alega o Contribuinte a impossibilidade da administração fiscal alterar a base de cálculo de incidência da contribuição, no caso específico majorando-a, em pedidos de ressarcimento ou de declaração de compensação de créditos da contribuição do PIS. Fato ocorrido em razão do entendimento do fisco de que determinadas receitas deveriam ser computadas pelo Contribuinte e, no caso, não foram.

O Contribuinte sustenta no Recurso Voluntário da impossibilidade do referido aumento da base de cálculo nestes termos (fls. 367):

Contudo, equivocam-se as d. autoridades julgadoras de primeira instância administrativa, que não atentaram para a totalidade do ordenamento jurídico, especialmente para as regras do Código Tributário Nacional, relativas às modalidades de lançamento.

Com efeito, o inciso V do art. 149 desse Código prescreve que *"o lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa"* quando restar comprovada a omissão ou a inexatidão do sujeito passivo, no exercício da atividade denominada de lançamento por homologação.

Ou seja, de acordo com a regra inserta naquele dispositivo legal, as omissões e as inexatidões, quaisquer que sejam elas, comprovadas pela fiscalização, na verificação dos lançamentos por homologação, devem ser objeto de lançamento de ofício. Não por outra razão, o antigo 2º Conselho de Contribuintes, em situações semelhantes à destes autos, entendeu que, em pedidos de restituição, compensação e ressarcimento, não pode ser modificada a base de cálculo da contribuição ao PIS, visto que, para tanto, seria necessário formalizar lançamento de ofício.

Melhor dizendo, ainda que a fiscalização entendesse que a base de cálculo daquela contribuição social, no terceiro trimestre de 2005, foi incorretamente apurada, pois não foram nela computadas as supostas receitas decorrentes da cessão de créditos de ICMS, tais equívocos não poderiam ser corrigidos neste processo administrativo, que decorre de declarações de compensação apresentadas pela recorrente, mas deveriam ser objeto de lançamento de ofício.

No acórdão ora recorrido a decisão se dá no sentido da possibilidade de majoração da base de cálculo da contribuição em análise, acarretando a inclusão de receitas que deixaram de ser consideradas pelo Contribuinte na restituição ou compensação de créditos referentes ao PIS, conforme se verifica no trecho a seguir do voto (fls. 346 a 347):

A contribuinte aduz que, ainda que a fiscalização entendesse incorreta a apuração da base de cálculo da contribuição em foco, porque não foram computadas as supostas receitas decorrentes da cessão de créditos de ICMS, ela não poderia, em sede de declarações de compensação, corrigir tais equívocos.

Cumprе salientar, por oportuno, que, na sistemática da não cumulatividade, instituída pela Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, no caso do PIS/Pasep, e pela Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, no caso da Cofins, há o encontro entre o valor devido da contribuição e o crédito a descontar, sendo que somente o saldo devedor da contribuição é objeto de confissão de dívida por meio da declaração competente, ou de lançamento de ofício, nos termos da legislação de regência.

No presente caso, a fiscalização constatou erro na apuração do crédito da contribuição em foco, que se deu em virtude da exclusão indevida de valores relativos à cessão para terceiros de crédito de ICMS na base de cálculo da citada exação.

Conforme demonstrado nas tabelas de fl. 153 e 154, a recomposição do valor total das receitas auferidas pela contribuinte, representada pela inclusão dos ingressos relativos à transferência, para terceiros, de créditos de ICMS, acarretou o aumento na receita total a ser considerada no cálculo do crédito solicitado, e a conseqüente alteração nos percentuais de rateio dos créditos do mercado interno e externo e nos valores dos respectivos créditos.

O aumento da base de cálculo da contribuição, em razão da mencionada inclusão, ensejou a insuficiência de recolhimento da contribuição nos importes de R\$21.913,29, R\$23.225,28 e R\$17.207,86, nos meses de julho, agosto e setembro, respectivamente, mesmo após o aproveitamento dos créditos discriminados na tabela de fl. 155, item 1.6.1, relativos ao mercado interno, apurado pela autoridade fiscal, e ao mercado externo, descontado pela contribuinte na Dacon juntada à fl. 92-verso.

Para a parcela da contribuição deduzida dos créditos a descontar não cabe formalização de exigência tributária, contudo, é diferente o tratamento a ser dado à parcela do débito remanescente após a dedução, para a qual houve, inclusive, lançamento de ofício, processo nº 13646.000061/2010-11.

É de se concluir do exposto que prescindem do lançamento de ofício os ajustes efetuados no presente processo, que cuida das Declarações de Compensação, sendo obrigatório contudo para exigência dos créditos tributários originados das verificações procedidas, objeto do processo do Auto de Infração acima mencionado. (grifou-se).

Percebe-se assim que, por um lado, a fiscalização procedeu os ajustes nas Declarações de Compensação, e, por outro lado, inclusive de acordo com o alegado pelo Contribuinte, de que os equívocos deveriam ser objeto de lançamento de ofício, realizou o lançamento de ofício em relação a parcela do débito remanescente após a dedução por intermédio do processo nº 13646.000061/2010-11. Por entender correta a decisão da DRJ/JFA, sem entrar no mérito dos ajustes procedidos pela autoridade fiscal acerca à cessão de créditos de ICMS, nego provimento ao Recurso Voluntário no que tange a este ponto.

2. Quanto às glosas realizadas na apuração dos créditos da contribuição

Insta observar por primeiro que há, na legislação pátria, a divisão entre tributos cumulativos e não-cumulativos. Inicialmente a não cumulatividade aplicava-se apenas ao IPI e ICMS, conforme determinação constitucional constante nos artigos 153, IV, § 3º, II, e 155, II, § 2º, I, e posteriormente passou a abranger também o PIS/PASEP e a Cofins, normatizado por meio das Leis nº 10.637 de 2002 (PIS/PASEP), 10.833 de 2003 (Cofins) e 10.865 de 2004 (PIS/PASEP e Cofins-Importação).

Considerando como critério as fases do processo produtivo ou do ciclo comercial, e a incidência dos tributos sobre uma ou mais, pode-se, no caso destes últimos classificá-los em cumulativos e não cumulativos. Trata-se de uma classificação quanto à técnica de aplicação dos tributos multifásicos.

Tributo cumulativo ou também denominado em cascata é aquele que incide em várias fases de circulação do bem sem, contudo, deduzir-se o valor que já incidiu nas anteriores, isto é, não é permitida a dedução do tributo suportado no decorrer da atividade produtiva/comercial.

Já o tributo não cumulativo é aquele que incide em várias fases do processo produtivo apenas sobre o valor que naquela se agregou, significa isto que se pode também gravar todo o valor acumulado do bem, desde que se desconte, se deduza, o valor que gravou as fases anteriores.

A questão central nesta discussão reside na caracterização do que será considerado insumo na cadeia produtiva, possibilitando com isso a dedução ou não dos tributos suportados a montante nas fases anteriores do sistema produtivo. A legislação é extremamente restritiva na caracterização do insumo para crédito no caso do IPI e é ampla quando se trata do IRPJ.

Quanto a aplicação ao PIS as normas e a doutrina entendem que a aplicação deve se dar de forma intermediária entre os dois extremos citados, ou seja, mais abrangente que o conceito aplicado ao IPI e menos amplo que aquele aplicado ao IRPJ.

Cito aqui trecho do voto do Conselheiro Henrique Pinheiro Torres no acórdão nº 9303-01.035 de 23/08/2010, processo nº 11065.101271/2006-47, que bem elucida a questão:

(...)

A Secretaria da Receita Federal do Brasil estendeu o alcance do termo insumo, previsto na legislação do IPI (o conceito trazido no Parecer Normativo CST nº 65/79), para o PIS/Pasep e a para a Cofins não cumulativos. A meu sentir, o alcance dado ao termo insumo, pela legislação do IPI não é o mesmo que foi dado pela legislação dessas contribuições. No âmbito desse imposto, o conceito de insumo restringe-se ao de matéria-prima, produto intermediário e de material de embalagem, já na seara das contribuições, houve um alargamento, que inclui até prestação de serviços, o que demonstra que o conceito de insumo aplicado na legislação do IPI não tem o mesmo alcance do aplicado nessas contribuições. Neste ponto, socorro-me dos sempre precisos ensinamentos do Conselheiro Julio Cesar Alves Ramos, em minuta de voto referente ao Processo nº 13974.000199/2003-61, que, com as honras costumeiras, transcrevo excerto linhas abaixo:

“Destarte, aplicada a legislação do ao caso concreto, tudo o que restaria seria a confirmação da decisão recorrida.

Isso a meu ver, porém, não basta. É que, definitivamente, não considero que se deva adotar o conceito de industrialização aplicável ao IPI, assim como tampouco considero assimilável a restritiva noção de matérias primas, produtos intermediários e material de embalagem lá prevista para o estabelecimento do conceito de ‘insumos’ aqui referido. A primeira e mais óbvia razão está na completa ausência de remissão àquela legislação na Lei 10.637.

Em segundo lugar, ao usar a expressão ‘insumos’, claramente estava o legislador do PIS ampliando aquele conceito, tanto que aí incluiu ‘serviços’, de nenhum modo enquadráveis como matérias primas, produtos intermediários ou material de embalagem.

Ora, uma simples leitura do artigo 3º da Lei 10.637/2002 é suficiente para verificar que o legislador não restringiu a apropriação de créditos de Pis/Pasep aos parâmetros adotados no creditamento de IPI. No inciso II desse artigo, como asseverou o insigne conselheiro, o legislador incluiu no conceito de insumos os serviços contratados pela pessoa jurídica. Esse dispositivo legal também considerou como insumo combustíveis e lubrificantes, o que, no âmbito do IPI, seria um verdadeiro sacrilégio. Mas as diferenças não param aí, nos incisos seguintes, permitiu-se o creditamento de aluguéis de prédios, máquinas e equipamentos, pagos a pessoa jurídica, utilizados nas atividades da empresa, máquinas e equipamentos adquiridos para utilização na fabricação de produtos destinados à venda, bem como a outros bens incorporados ao ativo imobilizado etc. Isso denota que o legislador não quis restringir o creditamento do Pis/Pasep as aquisições de matérias-primas, produtos intermediários e ou material de embalagens (alcance de insumos na legislação do IPI) utilizados, diretamente, na

produção industrial, ao contrário, ampliou de modo a considerar insumos como sendo os gastos gerais que a pessoa jurídica precisa incorrer na produção de bens ou serviços por ela realizada.

Vejamos o dispositivo citado:

[...]

Com isso, entende-se que há de se aplicar o princípio da essencialidade para a caracterização do bem ou serviço como insumo, ou seja, deve ser levado em conta se tais produtos utilizados como base do creditamento das contribuições são essenciais para a produção daqueles bens em questão, com o intuito de atender o disposto na legislação pertinente sobre a não cumulatividade.

Posto isso como referencial para compreender o litígio em questão passo a decidir sobre os pontos controversos acerca das glosas realizadas na apuração dos créditos da contribuição.

2.1. A respeito dos créditos referentes as aquisições de GLP e álcool hidratado

O ora recorrido Acórdão entende, assim como a fiscalização, que os custos referentes as aquisições de GLP e álcool hidratado devem ser excluídos do cálculo do créditos das contribuições por estarem sujeitos a aplicação da alíquota zero, respeitando assim o art. 3º, § 2º, II da Lei nº 10.833 de 2003 no que se refere a Cofins e o art. 3º, §2º, II da Lei nº 10.637 de 2002 no caso de PIS/Pasep.

Cito trecho do voto para elucidar a questão (fls. 347 e 348):

A fiscalização excluiu do cálculo do crédito das contribuições os custos do gás GLP e do álcool etílico sob o argumento de que as respectivas aquisições estavam sujeitas à alíquota zero, enquadrando-se na hipótese do inciso II do §2º do art. 3º da Lei nº 10.833, de 2003, no caso da Cofins, e do inciso II, §2º do art. 3º da Lei nº 10.637, de 2002, no caso do PIS/Pasep.

Em sua defesa aduz a requerente que as aquisições do GLP e do álcool etílico hidratado, realizadas pela requerente, estão sujeitas à alíquota zero da contribuição em exame, contudo esses produtos sofreram incidência antecipada da exação em foco, quando da venda realizada por seus produtores e distribuidores.

Neste ponto, vale transcrever os arts. 21 e 37 da Lei nº 10.865, de 30 de abril de 2004, que assim assevera:

"Art. 21. Os arts. 1º 2º, 3º, 6º, 10, 12, 15, 25, 27, 32, 34, 49, 50, 51, 52, 53, 56 e 90 da **Lei nº 10.833**, de 29 de dezembro de 2003, passam a vigorar com a seguinte redação:

(...)

Art. 3º

(...)

§ 2º Não dará direito a crédito o valor:

I - de mão-de-obra paga a pessoa física; e

II - da aquisição de bens ou serviços não sujeitos ao pagamento da contribuição, inclusive no caso de isenção, esse último quando revendidos ou utilizados como insumo em produtos ou serviços sujeitos à alíquota 0 (zero), isentos ou não alcançados pela contribuição." (grifou-se)

(...)

Art. 37. Os arts. 1º, 2º, 3º, 5º, 5ºA e 11 da **Lei nº10.637**, de 30 de dezembro de 2002, passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 3º.....

(...)

§ 2º Não dará direito a crédito o valor:

I - de mão-de-obra paga a pessoa física; e

II - **da aquisição de bens ou serviços não sujeitos ao pagamento da contribuição, inclusive no caso de isenção, esse último quando revendidos ou utilizados como insumo em produtos ou serviços sujeitos à alíquota 0 (zero), isentos ou não alcançados pela contribuição.**" (grifou-se)

A leitura dos dispositivos acima revela que o legislador, ao permitir a apuração de créditos na forma do art. 3º da Lei nº 10.637, de 2002, e do art. 30 da Lei nº 10.833, de 2003, determinou que esta não se daria de forma ampla e irrestrita, pois, a admissibilidade de aproveitamento de créditos, que repousa necessariamente nos custos, despesas e encargos classificados nos seus incisos, encontrou outro ponto limitador da norma, qual seja, a vedação acima transcrita, onde o legislador expressamente excluiu o aproveitamento de créditos sobre valores de aquisições de bens ou serviços não sujeitos ao pagamento das contribuições.

Por sua vez o Contribuinte, nas razões do ora analisado Recurso Voluntário, entende que a interpretação legal cabível ao caso permite que sejam compensados os créditos referentes as aquisições de GLP e álcool hidratado, conforme se verifica em trecho do Recurso Voluntário (fls. 380 e 381):

Com o advento da Lei n. 9718, de 27.11.1998, a apuração da contribuição ao PIS e da COFINS sobre as receitas decorrentes das vendas de derivados de petróleo, que incluem o GLP e o álcool etílico hidratado passou a ser com base nos regimes de tributação denominados "incidência monofásica", que se caracteriza pela "concentração" do ônus tributário em determinada etapa da cadeia produtiva.

No período fiscalizado os produtores e importadores deveriam recolher a contribuição ao PIS, incidentes sobre as vendas de GLP e álcool etílico hidratado, com base em alíquotas mais elevadas do que a "genérica", correspondentes, respectivamente, a 10,2% e 1,46%.

Ou seja, em última análise, os produtores e importadores de GLP e álcool etílico hidratado eram os responsáveis pelo recolhimento da contribuição social em foco devida na etapa seguinte da cadeia produtiva. Em compensação, e até por decorrência lógica desse regime especial de tributação, as "revendas" desses produtos não eram tributadas por aquela exação.

Nesse contexto, não se pode dizer que os insumos em questão não estavam sujeitos ao pagamento da contribuição ao PIS, o que inviabilizaria a apuração do crédito dessa contribuição sobre o respectivo custo de aquisição.

Isso porque, muito embora as aquisições do GLP e álcool etílico hidratado, realizadas pela recorrente, estejam sujeitas à alíquota zero daquela contribuição social, esses produtos sofreram a **incidência antecipada** da exação em foco, quando da venda realizada por seus produtores.

Em relação ao entendimento diverso entre o Contribuinte e o Fisco, cabe observar que em relação a contribuição ao PIS a Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, assim prescreve:

Art. 3º Do valor apurado na forma do art. 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a: I - bens adquiridos para revenda, exceto em relação às mercadorias e aos produtos referidos:

(...)

II - bens e serviços, utilizados como insumo na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda, inclusive combustíveis e lubrificantes, exceto em relação ao pagamento de que trata o art. 2º da Lei nº 10.485, de 3 de julho de 2002, devido pelo fabricante ou importador, ao concessionário, pela intermediação ou entrega dos veículos classificados nas posições 87.03 e 87.04 da TIPI; (grifou-se).

Já o disposto no mesmo artigo assim prevê em seguida:

Art. 3º (...) § 2º Não dará direito a crédito o valor: II - da aquisição de bens ou serviços não sujeitos ao pagamento da contribuição, inclusive no caso de isenção, esse último quando revendidos ou utilizados como insumo em produtos ou serviços sujeitos à alíquota 0 (zero), isentos ou não alcançados pela contribuição.(grifou-se).

Não há no caso em exame contradição entre os dispositivos legais aplicados ao caso, visto que o Art. 3º, § 2º, é preciso no sentido de que não dar-se-á crédito a aquisição de bens ou serviços sujeitos à alíquota 0 (zero), desde que não sujeitos ao pagamento da contribuição, não alcançados pela contribuição. Os insumos GLP e álcool hidratado estão sujeitos à alíquota 0 (zero), mas, salienta-se, foram em fases anteriores sujeitos ao pagamento da contribuição.

Portanto, neste caso, pelo fato de suportar tributo a montante os bens objeto da análise, pela incidência antecipada, e, também pelo fato de que os combustíveis são essenciais no processo produtivo realizado pelo Contribuinte, voto no sentido de dar provimento ao Recurso Voluntário afastando a glosa dos créditos referentes as aquisições de GLP e álcool hidratado.

2.2. Encargos de depreciação de máquinas e equipamentos, alocados nos centros de custos AGU (Abastecimento e Tratamento de Água) e ENE (Subestação Energia Elétrica)

2.2.1. Abastecimento e tratamento de água

O Relatório de Diligência apresentado pela Receita Federal do Brasil (fls. 747 a 750) indica que os bens referentes a esta questão são uma bomba modelo Bek/16 e um relé de proteção do motor, os quais são utilizados para circulação de água na caldeira e para proteção do motor contra sobrecargas, respectivamente.

No entendimento da Fiscalização estes bens não foram utilizados na produção de forma específica, “mas no bombeamento e reaproveitamento da água que circula nas plantas industriais” (fl.749). (Grifou-se).

Por sua vez o Contribuinte argumenta no sentido de que os equipamentos utilizados no tratamento e bombeamento de água, assim como o abastecimento, são imprescindíveis para sua atividade produtiva, inclusive cita procedimentos em que a água se faz essencial para a produção, conforme se verifica no trecho da Manifestação ao Relatório de Diligência feito pelo Contribuinte (fls. 759):

É importante dizer que, no processo produtivo do nióbio, a água é elemento fundamental, na medida em que serve de “veículo” do minério de uma fase a outra

do processo produtivo. Aqui importa destacar em caráter especial o parágrafo 64 do laudo elaborado pela requerente, o qual se transcreve aqui nas partes necessárias:

“Nesse sentido, observe-se que, na concentração, o processo de flotação ocorre essencialmente em meio aquoso, sendo as partículas de pirocloro expostas a reagentes químicos e coletadas em bolhas de ar dentro deste meio. Os processos que se valem de fornos utilizam água para resfriamento e granulação de materiais e escória. Por sua vez, a produção de óxidos de nióbio, dada a pureza do material, necessita de água desmineralizada para o seu processo, justificando os ativos relacionados à desmineralização da água.”

Entende-se, com isso, que o Contribuinte não teria condições de processar os minérios para transformá-los em produto final sem a utilização da água, fazendo com que esta seja indispensável no sistema produtivo realizado pelo Contribuinte.

Tendo isto claro, respeitando o critério da essencialidade, visto que a água é elemento fundamental no processo produtivo do nióbio, e sem a água nas diversas fases do processo produtivo não é possível processar os minérios objeto da atividade do Contribuinte, voto no sentido de considerar que a depreciação das máquinas e os equipamentos utilizados no tratamento e abastecimento de água permitem o creditamento na contribuição ao PIS não-cumulativo, visto que são utilizados na produção de bens destinados à venda.

2.2.2. Subestação Energia Elétrica

O Relatório de Diligência (fls 748) entende que softwares de supervisão e controle da energia da subestação, módulo de protocolo que permite a comunicação entre equipamentos, sistema de medição de faturamento de energia e serviços para instalação do sistema de medição de faturamento não tem qualquer relação com o processo produtivo e que os bens do centro de custo não são utilizados na produção, mas no controle, conversão e adaptação da energia.

Portanto, a administração fiscal, por entender que o desgaste desses bens não decorre do processo produtivo, nega ao Contribuinte o direito de creditamento da depreciação destes equipamentos e serviços no que se refere a contribuição ao PIS.

Já a posição do Contribuinte é diversa e desta forma argumenta às fls. 760:

(...) Diante da informação constante do laudo elaborado pela requerente sobre o rateio de energia elétrica entre suas diferentes unidades no sentido de que 99% da energia é consumida nos processos produtivos, o Relatório de Diligência afirmou que tal percentual seria *“parcial e insustentável, pois os fatos demonstram que várias unidades que constam do Anexo III não tem qualquer relação com o processo produtivo”*.

A requerente não conseguiu identificar quais centros de custo foram considerados pela fiscalização como desvinculados do processo produtivo. É que a afirmação das autoridades fiscais, neste particular, foi vaga, lacônica, não tendo havido, no Relatório de Diligência, análise de cada unidade produtiva e informação sobre quais unidades, ao ver dos agentes fiscais, não possuíram qualquer relação com o processo produtivo.

Como está claro nos autos a atividade de produção de nióbio pelo Contribuinte requer, além do sistema de abastecimento e tratamento de água, a existência de uma subestação de energia elétrica, visto que a energia elétrica recebida da concessionária CEMIG precisa, necessariamente, receber um processo de adequação da tensão para que possa ser aplicada aos equipamentos industriais.

Observa-se ademais que no laudo elaborado pela requerente (fls. 657 a 711) se demonstra que 99% da energia consumida é destinada ao processo produtivo do Contribuinte e que menos de 1% destina-se as atividades administrativas da indústria.

Em conclusão, a água e a energia elétrica são indispensáveis as atividades de processamento do minério pelo Contribuinte, e, assim sendo, os equipamentos e as máquinas utilizados no tratamento desses insumos com o fito de tornar possível a sua utilização, pela adequação técnica que a atividade requer, devem ser considerados como itens utilizados no processo produtivo de acordo com o previsto na Lei nº 10.637/02, que assim dispõe:

Art. 3º Do valor apurado na forma do art. 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a:

(...)

VI - máquinas, equipamentos e outros bens incorporados ao ativo imobilizado, adquiridos ou fabricados para locação a terceiros ou para utilização na produção de bens destinados à venda ou na prestação de serviços.

Logo, respeitando o princípio da essencialidade, é cabível o creditamento dos valores relativos a depreciação do Centro de Custo ENE – Subestação Energia Elétrica, visto que está sendo diretamente utilizado, no sentido de necessário e essencial, ao sistema produtivo em discussão, portanto, voto em prover o Recurso Voluntário neste tema.

2.3. Glosa dos encargos de depreciação de outros itens do ativo imobilizado

O Relatório de Diligência apresentado elencou 12 itens (fl. 749) que estão instalados nas plantas industriais e que são considerados pelo Contribuinte como bens utilizados na fabricação dos produtos vendidos.

Para melhor precisar a glosa efetuada de depreciação de outros itens do ativo imobilizado veja-se a tabela abaixo:

Nº	Bens	Utilização
1	Armários	São utilizados para: guardar pertences pessoais do Empregados, manuais, relatórios, ferramentas, amostras, etc.
2	Ar condicionado, aparelho de ar condicionado	Utilizados para resfriar o ambiente, protegendo pessoas, equipamentos ou ambos.
3	Serviço de montagem de ar condicionado.	Serviço aplicado na instalação de ar condicionado na planta industrial.
4	Licença software MS Office STD português.	Programas instalados em computadores da unidade.
5	Tanque de água fresca fabricado em fibra.	Destinado a armazenagem de água.
6	Rádios fixos e portáteis, conjunto de rádios.	Viabiliza a comunicação entre os operadores.
7	Reservatório de 2000 litros.	Destinado a armazenagem de substância que atua no sistema de resfriamento de água.
8	Poltronas, cadeiras.	Usadas pelos trabalhadores e visitantes das seções.
9	Motosserras.	Cortar eletrodos utilizados na unidade.
10	Caixa d'água eta	Armazena água desmineralizada utilizada nas unidades.
11	Mesas, gaveteiros.	Usados nas tarefas rotineiras das unidades.

12	Detector de radiação G606/650	Separador magnético – escória produto.
----	-------------------------------	--

Dos itens relacionados na tabela acima a autoridade administrativa fiscal reconheceu o item 12, detector de radiação G606/650, responsável pela separação da escória, como um bem que se desgasta ou danifica-se no processo produtivo, reconhecendo que sobre este o crédito deve ser admitido.

O Contribuinte requer em sua Manifestação ao Relatório de Diligência a inclusão de todos os demais itens, armários, aparelho ar condicionado, serviço de montagem do ar condicionado, licença dos programas instalados nos computadores, tanque de água fresca, rádios de comunicação, reservatório, poltronas e cadeiras, motosserras, casa de água, mesa e gaveteiros.

O Contribuinte afirma que (fls. 387):

Muito embora, à primeira vista, possam surgir dúvidas acerca da utilização de alguns desses itens no processo de produção do minério, que é vendido pela recorrente, se se investigar a fundo esse processo, verificar-se-á que eles são, nos dizeres da norma legal, "máquinas, equipamentos e outros bens incorporados ao ativo imobilizado (...) para utilização na produção de bens destinados à venda".

Entretanto, não vejo demonstrado nos autos de forma cabal a relação destes outros itens com o processo produtivo, uma vez que são bens necessários para viabilizar as atividades da maioria das empresas, não estando vinculados diretamente com o produto final da atividade do Contribuinte. Logo, voto por não admitir crédito sobre suas cotas de depreciação, negando-se assim provimento ao Recurso Voluntário em relação aos itens 1 ao 11 e dando provimento ao item 12 da tabela.

2.4. Glosa de encargos de depreciação de itens do ativo imobilizado adquiridos antes de 30 de abril de 2004

A decisão da DRJ/JFA, consubstanciada no acórdão ora recorrido, acabou por desconsiderar os encargos de depreciação do Forno Feixe de Elétrons II, do Forno Elétrico Túnel para Calcinação Óxido de NB e do Sistema de Briquetagem Reciclagem de Finos Gerados, visto que as partes e peças desses equipamentos foram adquiridas antes de 31 de abril de 2004.

A base legal que fundamentou a decisão recorrida é a Lei nº 10.865 de 2004 que assim estabelece:

Art. 31. É vedado, a partir do último dia do terceiro mês subsequente ao da publicação desta Lei, o desconto de créditos apurados na forma do inciso III do § 1º do art. 3º das Leis nºs 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003, relativos à depreciação ou amortização de bens e direitos de ativos imobilizados adquiridos até 30 de abril de 2004.

§1º Poderão ser aproveitados os créditos referidos no inciso III do § 1º do art. 3º das Leis nºs 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003, apurados sobre a depreciação ou amortização de bens e direitos de ativo imobilizado adquiridos a partir de 1º de maio.

De forma diversa entende o Contribuinte, que alega em seu Recurso Voluntário, que não se pode aplicar tal dispositivo por haver assim ofensa ao seu direito

adquirido referente ao desconto dos créditos do PIS calculados sobre os encargos de depreciação do ativo imobilizado acima mencionado.

Cito trecho do recurso analisado como elucidação de seus argumentos (fls. 388 e 389):

Com efeito, segundo as regras previstas no art. 30 da Lei n. 10637/02, o direito ao creditamento daquela contribuição "nasce" no momento em que os bens do ativo imobilizado são adquiridos pela pessoa jurídica. Contudo, a dedução dos respectivos créditos é diferida para o momento em que forem reconhecidas as correspondentes quotas de depreciação ou amortização, nos termos do inciso III do parágrafo 1º daquele dispositivo legal.

Por essa simples razão, não pode a norma do art. 31 da Lei n. 10865/04 ser aplicada retroativamente para alcançar os créditos relativos aos bens do ativo imobilizado, que tenham sido adquiridos antes de 30.4.2004, conforme reconhecido pela Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no julgamento do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade na AMS n. 2005.70.00.000594-0/PR, em 26.6.2008, assim ementado:

"TRIBUTÁRIO. INCIDENTE DE ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. SISTEMÁTICA NÃO CUMULATIVA DO PIS E DA COFINS. CREDITAMENTO REFERENTE DEPRECIAÇÃO DE BENS INCORPORADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. ART. 31, CAPUT, DA LEI 10865/2004. LIMITAÇÃO TEMPORAL. OFENSA AO DIREITO ADQUIRIDO E À IRRETROATIVIDADE DA LEI TRIBUTÁRIA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. INCONSTITUCIONALIDADE.

1- A não-cumulatividade do PIS/COFINS depende, para sua efetivação, de um conjunto de deduções, previstas em lei, que digam respeito a determinadas operações realizadas pela empresa, que possam representar a incidência de contribuições em etapas anteriores da cadeia produtiva.

2- As deduções elencadas no art. 3º das Leis 10637/2002 e 10833/2003 não figuram na ordem tributária como benesse fiscal, mas como pressupostos da não-cumulatividade, uma contrapartida ao aumento das alíquotas de PIS e COFINS. Outra não pode ser a interpretação, pois, pretendendo a lei criar um sistema não-cumulativo, deve estabelecer as hipóteses em que o contribuinte terá direito a créditos compensáveis, como uma decorrência da regra da não-cumulatividade.

3- A ocorrência de qualquer das hipóteses mencionadas no caput do art. 30 das Leis 10637/2002 e 10833/2003 é por si suficiente para fazer surgir o direito de crédito em favor do contribuinte, que se incorpora ao patrimônio da empresa.

4- O art. 31, caput, da Lei 10865/2004 limitou temporalmente o aproveitamento dos créditos decorrentes das aquisições de bens para o ativo imobilizado realizadas até 30 de abril de 2004.

5- No entanto, os créditos decorrentes da aquisição de bens para o ativo imobilizado se tomaram parte do patrimônio da empresa antes da edição da Lei 10865/2004. Assim, as disposições do art. 31caput, da referida lei, acabaram por atingir fatos pretéritos, ofendendo o direito adquirido e a regra da irretroatividade da lei tributária.

6- A vedação do aproveitamento de créditos, instituída por lei no curso da sistemática da não-cumulatividade, quando inúmeros contribuintes já haviam

realizado investimentos em maquinário, equipamentos, entre outros, ofende o Princípio da Segurança Jurídica e a regra da não-surpresa, implícitos na Carta de 1988.

7- Declarada a inconstitucionalidade do art. 31, caput, da Lei 10865/2004."

Pelas razões acima expostas, deve ser reformado o v. acórdão recorrido, também nessa parte, de modo que seja cancelada a glosa dos encargos de depreciação do Forno Feixe de Elétrons II, do Forno Elétrico Túnel para Calcinação óxido de NB e do Sistema de Briquetagem Reciclagem de Finos Gerados.

Apesar dos argumentos do Contribuinte não há como negar a clareza da norma em questão quando define que é vedado o desconto de créditos relativos a depreciação ou amortização de bens e direitos de ativos imobilizados adquiridos até a data de 30 de abril de 2004. Logo, não se trata de uma ofensa ao direito adquirido do Contribuinte, mas sim a simples e necessária aplicação da legislação pertinente a matéria discutida.

Com isso, haja visto a legislação aplicável ao caso, voto no sentido de negar provimento ao pedido do Contribuinte referente a este ponto.

3. A cessão de créditos do ICMS

A decisão ora recorrida entende que a cessão do crédito referente ao ICMS deve compor a base de cálculo das contribuições, conforme se demonstra nesse trecho do voto do referido Acórdão (fls. 350 e 351):

Relativamente à cessão de créditos de ICMS, o artigo 1º da Lei 10.833/2003, que trata da incidência não-cumulativa da Cofins, e o mesmo artigo da Lei nº 10.637/2002, que trata do PIS/Pasep não-cumulativo, estabelecem, de forma clara, o fato gerador dessas contribuições, qual seja, "o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil".

(...)

No caso, a cessão de direitos de ICMS, que o contribuinte adquire no momento da compra de um bem ou direito, é uma nova operação jurídica/contábil com este direito do contribuinte, gerando uma nova receita, que pode ou não gerar lucro.

Em se tratando de receita, auferida com a cessão de créditos de ICMS admitida pela legislação estadual, cumpre analisar o cabimento ou não de sua tributação pelo PIS/Pasep e pela Cofins. A operação de transferência dos créditos do ICMS configura uma cessão de créditos em que a pessoa jurídica vendedora toma o lugar do cedente; o adquirente, o do cessionário e a Unidade da Federação, o do cedido.

Conforme o disposto nas Leis nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (PIS não-cumulativo) e nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003 (incidência não-cumulativa da Cofins), estas contribuições têm como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil, sendo que o total das receitas compreende a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica.

Constata-se que a opção do legislador foi a generalização do alcance da incidência das contribuições em tela. Já ao tratar das hipóteses de exclusão da

base de cálculo, a norma foi bastante seletiva, restringindo-as a um pequeno rol, *numerus clausus*. Observa-se que o negócio jurídico ora analisado não se enquadrava em nenhuma das exclusões da base de cálculo da contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins previstas na legislação pertinente.

Tanto é assim que a hipótese de exclusão da base de cálculo da Cofins e do PIS/Pasep, relativamente a receitas *decorrentes de transferência onerosa, a outros contribuintes do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, de créditos de ICMS originados de operações de exportação conforme o disposto no inciso II do 12 do art. 25 da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996*, somente passou a existir a partir da edição da MP 451, de 15 de dezembro de 2008, convertida na Lei nº 11.945, de 04 de junho de 2009, que incluiu o inciso VI ao §3º do artigo 1º da Lei nº 10.833/2003 e o VII ao §3º do artigo 1º da Lei nº 10.637/2002.

Destaca-se quanto aos efeitos da citada MP sobre a matéria, seu art 22, que assim dispõe:

Art. 22. Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos:

I - a partir de 1º de janeiro de 2009, em relação ao disposto:

(-)

b) no art. 8º, relativamente ao inciso VII do §3º do art. 1º da Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2003

c) no art. 9º, relativamente ao inciso VI do §3º art. 1º, e ao art. 58-J, da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003;

(...) (sem grifo no original).

Por sua vez, o Contribuinte alega em seu Recurso Voluntário, citando jurisprudência do próprio CARF, que os valores decorrentes de cessão de créditos do ICMS não podem ser considerados sob o conceito de receita passível de tributação pelo PIS, conforme se verifica no seguinte trecho retirado do Recurso ora em análise (fls. 389 e 390):

Na manifestação de inconformidade, restou demonstrado que, no terceiro trimestre de 2005, a recorrente efetuou, nos termos da legislação do ICMS do Estado de Minas Gerais, a cessão de seus créditos desse imposto a terceiros, sem ágio ou com deságio. Confirmam-se, a título meramente exemplificativo, os documentos anexados à sua manifestação de inconformidade.

Ao verificar a apuração da contribuição ao PIS, relativa àqueles meses, a fiscalização constatou que a recorrente emitiu "notas fiscais faturas, relativas à transferência de crédito acumulado de ICMS", sem que fossem os correspondentes valores incluídos na base de cálculo dessa contribuição social.

Partindo da premissa de que não há previsão legal expressa de que os valores recebidos pela recorrente nessas operações podem ser excluídos da apuração da contribuição em foco, os Srs. AFRFB adicionaram tais montantes à sua base de cálculo.

Como se vê, a fiscalização e as d. autoridades julgadoras "a quo" entendem que os ingressos decorrentes das cessões de créditos do ICMS representam receitas tributáveis e, não havendo norma legal que afaste a incidência da contribuição ao PIS nesses casos, os respectivos valores devem ser computados em sua base de cálculo.

Mas, o raciocínio por elas desenvolvido está equivocado, na medida em que, em momento algum, aprofundaram o exame da natureza jurídica da contraprestação da cessão de créditos de ICMS, verificando se ela se amolda

ao conceito de receita.

Percebe-se, quando da leitura da Ata de Assembléia Geral Extraordinária da Companhia Brasileira de Metalurgia e Mineração, de 30 de junho de 2008, que dispõe sobre a reforma integral do estatuto social da Companhia, que tem por objeto social (fls. 417):

(i) a indústria, o comércio, a importação e a exportação de minérios, produtos químicos, fertilizantes e produtos metalúrgicos, e a exploração e o aproveitamento de jazidas minerais no território nacional; (ii) a representação de outras sociedades, nacionais ou estrangeiras; e; (iii) a participação em outras sociedades, como sócia ou acionista; e (iv) o desenvolvimento de outras atividades correlatas, de interesse da Companhia. (grifou-se).

Neste sentido, como o Contribuinte desenvolve a atividade de exportação de minérios e requer a retirada da base de cálculo da cessão de créditos do ICMS, cabe considerar a decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 606.107/RS que ficou assim ementado:

EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE. HERMENÊUTICA. CONTRIBUIÇÃO AO PIS E COFINS. NÃO INCIDÊNCIA. TELEOLOGIA DA NORMA. EMPRESA EXPORTADORA. CRÉDITOS DE ICMS TRANSFERIDOS A TERCEIROS.

I - Esta Suprema Corte, nas inúmeras oportunidades em que debatida a questão da hermenêutica constitucional aplicada ao tema das imunidades, adotou a interpretação teleológica do instituto, a emprestar-lhe abrangência maior, com escopo de assegurar à norma suprallegal máxima efetividade.

II - A interpretação dos conceitos utilizados pela Carta da República para outorgar competências impositivas (entre os quais se insere o conceito de “receita” constante do seu art. 195, I, “b”) não está sujeita, por óbvio, à prévia edição de lei. Tampouco está condicionada à lei a exegese dos dispositivos que estabelecem imunidades tributárias, como aqueles que fundamentaram o acórdão de origem (arts. 149, § 2º, I, e 155, § 2º, X, “a”, da CF) . Em ambos os casos, trata-se de interpretação da Lei Maior voltada a desvelar o alcance de regras tipicamente constitucionais, com absoluta independência da atuação do legislador tributário.

III – A apropriação de créditos de ICMS na aquisição de mercadorias tem suporte na técnica da não cumulatividade, imposta para tal tributo pelo art. 155, § 2º, I, da Lei Maior, a fim de evitar que a sua incidência em cascata onere demasiadamente a atividade econômica e gere distorções concorrenciais.

IV - O art. 155, § 2º, X, “a”, da CF – cuja finalidade é o incentivo às exportações, desonerando as mercadorias nacionais do seu ônus econômico, de modo a permitir que as empresas brasileiras exportem produtos, e não tributos -, imuniza as operações de exportação e assegura “a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores”. Não incidem, pois, a COFINS e a contribuição ao PIS sobre os créditos de ICMS cedidos a terceiros, sob pena de frontal violação do preceito constitucional.

V – O conceito de receita, acolhido pelo art. 195, I, “b”, da Constituição Federal, não se confunde com o conceito contábil. Entendimento, aliás, expresso nas Leis 10.637/02 (art. 1º) e Lei 10.833/03 (art. 1º), que determinam a incidência da contribuição ao PIS/PASEP e da COFINS não cumulativas sobre o total das receitas, “independentemente de sua denominação ou classificação contábil”. Ainda que a contabilidade elaborada para fins de informação ao mercado, gestão e planejamento das empresas possa ser tomada pela lei como ponto de partida para a determinação das bases de cálculo de diversos tributos, de modo algum subordina a tributação. A contabilidade constitui ferramenta utilizada também para fins tributários, mas moldada nesta seara pelos princípios e regras próprios do Direito Tributário. Sob o específico prisma constitucional, receita bruta pode ser definida como o ingresso financeiro que se integra no patrimônio na condição de elemento novo e positivo, sem reservas ou condições.

VI - O aproveitamento dos créditos de ICMS por ocasião da saída imune para o exterior não gera receita tributável. Cuida-se de mera recuperação do ônus econômico advindo do ICMS, assegurada expressamente pelo art. 155, § 2º, X, “a”, da Constituição Federal.

VII - Adquirida a mercadoria, a empresa exportadora pode creditar-se do ICMS anteriormente pago, mas somente poderá transferir a terceiros o saldo credor acumulado após a saída da mercadoria com destino ao exterior (art. 25, § 1º, da LC 87/1996). Porquanto só se viabiliza a cessão do crédito em função da exportação, além de vocacionada a desonerar as empresas exportadoras do ônus econômico do ICMS, as verbas respectivas qualificam-se como decorrentes da exportação para efeito da imunidade do art. 149, § 2º, I, da Constituição Federal.

VIII - Assenta esta Suprema Corte a tese da inconstitucionalidade da incidência da contribuição ao PIS e da COFINS não cumulativas sobre os valores auferidos por empresa exportadora em razão da transferência a terceiros de créditos de ICMS.

IX - Ausência de afronta aos arts. 155, § 2º, X, 149, § 2º, I, 150, § 6º, e 195, caput e inciso I, “b”, da Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido e não provido, aplicando-se aos recursos sobrestados, que versem sobre o tema decidido, o art. 543-B, § 3º, do CPC.

A decisão proferida no RE 606.107/RS, de relatoria de Rosa Weber, em sede de repercussão geral, implica no respeito ao disposto no RICARF desta forma:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973 - Código de Processo Civil (CPC), deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Assim sendo, de acordo com a legislação e a jurisprudência aplicável ao tema, voto no sentido de dar provimento ao Recurso Voluntário e afastar da base de cálculo da contribuição o produto oriundo da cessão de créditos do ICMS.

Conclusão

Observada a legislação e a jurisprudência aplicáveis ao caso e os laudos técnicos trazidos aos autos nas duas diligências realizadas, voto no sentido de dar provimento parcial ao Recurso Voluntário interposto pelo Contribuinte.

Valcir Gassen - Relator

Voto Vencedor

Conselheiro José Henrique Mauri - Redator designado

O presente voto vencedor refere-se unicamente à glosa dos créditos referentes as aquisições de GLP e álcool hidratado, posto que, quanto aos demais itens, o voto do Relator fora mantido pelo colegiado.

Entendeu o Conselheiro Relator em Dar Provitimento ao Recurso Voluntário, no pormenor ora cuidado, afastando a glosa dos créditos referentes as aquisições de GLP e álcool hidratado, sob fundamento de tratar-se de incidência monofásica e assim sendo ocorre a incidência antecipada da contribuição, eis o dispositivo do voto vencido:

"Portanto, neste caso, pelo fato de suportar tributo a montante os bens objeto da análise, pela incidência antecipada, e, também pelo fato de que os combustíveis são essenciais no processo produtivo realizado pelo Contribuinte, voto no sentido de dar provitimento ao Recurso Voluntário."

Em que pese o bem fundamentado voto, ousou divergir dele para Negar Provitimento ao Recurso Voluntário, com os fundamentos a seguir explicitado.

Conforme relatado, a fiscalização excluiu do cálculo do crédito das contribuições os custos do gás GLP e do álcool etílico sob o argumento de que *"as respectivas aquisições estavam sujeitas à alíquota zero, enquadrando-se na hipótese do inciso II do §2º do art. 3º da Lei nº 10.833, de 2003, no caso da Cofins, e do inciso II, §2º do art. 3º da Lei nº 10.637, de 2002, no caso do PIS/Pasep"*.

Em sua defesa aduz a requerente que as aquisições do GLP e do álcool etílico hidratado estão sujeitas à alíquota zero da contribuição em exame, contudo esses produtos sofreram incidência antecipada da exação em foco, quando da venda realizada por seus produtores e distribuidores.

Eis o que dispõe a Lei nº 10.833, de 2003 e, em igual inciso, a Lei nº 10.637, de 2002:

Art. 3º [...]

§ 2º Não dará direito a crédito o valor:

[...]

II - da aquisição de bens ou serviços não sujeitos ao pagamento da contribuição, inclusive no caso de isenção, esse último quando revendidos ou utilizados como insumo em produtos ou serviços sujeitos à alíquota 0 (zero), isentos ou não alcançados pela contribuição."

[...]

A leitura dos dispositivos acima revela que o legislador, ao permitir a apuração de créditos, expressamente excluiu o aproveitamento de créditos sobre valores de aquisições de bens ou serviços não sujeitos ao pagamento das contribuições.

A meu ver, a concentração da tributação no produtor (incidência monofásica) não descaracteriza a "alíquota 0 (zero)" para fins de enquadramento na vedação prevista nos §§ 2º das Leis 10.833, de 2003 e 10.637, de 2002.

Ademais, Pela sistemática da tributação de incidência monofásica, o tributo recolhido pelo produtor não significa antecipação do que seria devido nas etapas subsequentes, diferentemente do sistema de substituição tributária. Assim, a incidência das mencionadas contribuições sobre os produtores, bem como os pagamentos por eles realizados são considerados definitivos.

Nessa mesma esteira caminha a jurisprudência¹ do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ao consolidar entendimento segundo o qual a incidência monofásica não se compatibiliza com a técnica do creditamento.

No julgamento do REsp 1.140.723/RS, a Ministra Eliana Calmon sintetizou a impossibilidade de creditamento na incidência monofásica ao dispor que *"a técnica do creditamento é incompatível com a incidência monofásica porque não há cumulatividade a ser evitada, razão maior da possibilidade de que o contribuinte deduza da base de cálculo destas contribuições (faturamento ou receita bruta) o valor da contribuição incidente na aquisição de bens, serviços e produtos relacionados à atividade do contribuinte. Permitir a possibilidade do creditamento destas contribuições na incidência monofásica, além de violar a lógica jurídica da adoção do direito à não-cumulatividade, implica em ofensa à isonomia e ao princípio da legalidade, que exige lei específica (cf. art. 150, § 6º da CF/88) para a concessão de qualquer benefício fiscal. E sem dúvida a permissão de creditamento de PIS e da COFINS em regime de incidência monofásica é concessão de benefício fiscal"*.

TRIBUTÁRIO - PROCESSO CIVIL - PIS - COFINS - INCIDÊNCIA MONOFÁSICA - CREDITAMENTO - IMPOSSIBILIDADE [...].

1. [...]

2. A Constituição Federal remeteu à lei a disciplina da não-cumulatividade das contribuições do PIS e da COFINS, nos termos do art. 195, § 12 da CF/88.

3. A incidência monofásica, em princípio, é incompatível com a técnica do creditamento, cuja razão é evitar a incidência em cascata do tributo ou a cumulatividade tributária.

[...]

6. Recurso especial não provido. (REsp 1.140.723/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 22.09.2010)

¹ Precedentes do STJ:

REsp nº 1.218.561/SC, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe de 15/04/2011.

AgRg no REsp nº 1.219.450/SC, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe de 15/03/2011.

AgRg no REsp nº 1.224.392/RS, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJe de 10/03/2011.

Processo nº 10650.001061/2005-14
Acórdão n.º **3301-003.209**

S3-C3T1
Fl. 795

Assim, tratando-se de aquisições sujeitas à alíquota "0" (zero), ainda que se trate de produto com incidência monofásica, não é cabível o crédito da contribuição em conformidade com a vedação disposta nos §§ 2º das Leis 10.833, de 2003, para a Cofins e 10.637, de 2002, para o PIS/Pasep, bem assim porque a incidência monofásica não se compatibiliza com a técnica do creditamento.

Portanto correta a glosa efetuada pela autoridade fiscal.

Dispositivo

Ante o todo exposto voto por **Negar Provimento** ao Recurso Voluntário para excluiu do cálculo do crédito das contribuições os custos do gás GLP e do álcool etílico.

Conselheiro José Henrique Mauri - Redator designado