



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 11020.000802/2007-82
Recurso nº Especial do Procurador
Acórdão nº 9303-002.865 – 3ª Turma
Sessão de 18 de fevereiro de 2014
Matéria Base de cálculo do PIS - transferência onerosa de crédito de ICMS-
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado SAN MARINO MÓVEIS LTDA. (NOVA DENOMINAÇÃO DE CHIES, CHIES E CIA LTDA.)

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/12/2006 a 31/12/2006

Base de Cálculo - Aplicação de Decisão Inequívoca do STF - Possibilidade.

Nos termos regimentais, pode-se afastar aplicação de dispositivo de lei que tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária do Supremo Tribunal Federal.

É inconstitucional a incidência da contribuição para o PIS/Pasep sobre os ingressos de valores pertinentes à cessão onerosa de crédito de ICMS decorrentes de exportações de mercadorias para o exterior.

Recurso Especial do Procurador Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso especial.

Marcos Aurélio Pereira Valadão - Presidente Substituto

Henrique Pinheiro Torres - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Henrique Pinheiro Torres, Nanci Gama, Júlio César Alves Ramos, Rodrigo Cardozo Miranda, Rodrigo da Costa

Pôssas, Francisco Maurício Rabelo de Albuquerque Silva, Joel Miyasaki, Fabiola Cassiano Keramidas e Marcos Aurélio Pereira Valadão. Ausente, momentaneamente, a Conselheira Susy Gomes Hoffmann.

Relatório

Os fatos foram assim narrados no acórdão recorrido:

Trata-se de recurso voluntário contra acórdão da 2ª Turma da DRJ que manteve auto de infração relativo ao PIS não-cumulativo, por ressarcimento indevido. Segundo a autuação, a contribuinte cedeu créditos de ICMS a terceiros, mas não reconheceu as receitas decorrentes dessas alienações de direitos a terceiros.

Repisando argumentação contida na Manifestação de Inconformidade, a contribuinte defende a não tributação dos valores de transferências de créditos do ICMS a terceiros, alegando que a não se enquadram no conceito de receita. Para a Recorrente, o saldo credor de ICMS acumulado por força da regra que isenta as operações de exportação do ICMS possui natureza de "tributo recuperável" que, no balanço, está classificado como uma conta do Ativo da empresa e, após a transferência a terceiros, continua no Ativo, na conta Caixa.

Afirma que quando a transferência é para fornecedores ocorre redução de despesas, em vez auferimento de receita, e que de todo modo não é incorporado qualquer valor novo ao patrimônio da pessoa jurídica.

A Câmara *a quo* deu provimento ao Recurso Voluntário do sujeito passivo, que foi julgado nos termos do Acórdão 3401-01.122, de 09 de dezembro de 2010 (fls. 286/292), proferido pelos membros da 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 3ª Seção de Julgamento do CARF, e cuja ementa ficou assim redigida:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/12/2006 a 31/12/2006

REGIME NÃO CUMULATIVO. BASE DE CÁLCULO. CRÉDITOS DE ICMS TRANSFERIDO. NÃO INCLUSÃO.

Não compõe o faturamento ou receita bruta, para fins de tributação da Cofins e do PIS, o valor do crédito de ICMS transferido a terceiros, cuja natureza jurídica é a de crédito escritural do imposto Estadual. Apenas a parcela correspondente ao ágio integrará a base de cálculo das duas Contribuições, caso o valor do crédito seja transferido por valor superior ao saldo escritural.

Contra esse acórdão, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional apresentou recurso especial às fls. 114/129, que logrou seguimento, nos termos do despacho de fl. 141.

Contrarrazões ao apelo fazendário às fls. 327/339.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Henrique Pinheiro Torres, Relator

A questão que se apresenta a debate cinge-se em se definir se os ingressos relativos à cessão onerosa de créditos de ICMS decorrentes de operação de exportação são tributáveis pela Contribuição para o PIS/Pasep.

O entendimento pessoal deste relator, por diversas vezes externado neste Colegiado, é no sentido de que tais ingressos representam receita e, como tal, até 1º de janeiro 2009, estavam sujeitos à incidência da Cofins e do PIS, somente a partir dessa data, por força da norma inserta no art. 17, c/c o art. 33, I, “d”, da Lei nº 11.945, de 2009, a referida receita foi expressamente excluída da base de cálculo da dessas contribuições.

Todavia, esse não é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que, em decisão plenária, à quase unanimidade, vencido pelas o Ministro Dias Toffoli, entendeu que tais ingressos não estão sujeitos à incidência dessas contribuições. Cabe então verificar os efeitos dessa decisão pretoriana sobre a tributação ora em exame.

Entendo que o controle concreto de constitucionalidade tem efeito interpartes, não beneficiando nem prejudicando terceiros alheios à lide. Para que produza efeitos *erga omnes*, é preciso que o Senado Federal edite resolução suspendendo a execução do dispositivo de lei declarado inconstitucional pelo STF. Não desconheço que o Ministro Gilmar Mendes, há muito vem defendendo a desnecessidade do ato senatorial para dar efeitos geral às decisões da Corte Maior, mas essa posição ainda não foi positivada no ordenamento jurídico brasileiro, muito embora alguns passos importantes já foram dados, como é o caso da súmula vinculante. De qualquer sorte, a resolução senatorial ainda se faz necessária, para estender efeitos de decisões interpartes a terceiros alheios à demanda.

De outro lado, o regimento interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais trouxe a possibilidade de se estender as decisões do STF, em controle difuso, aos julgados administrativos, conforme preceitua a Portaria nº 256/2009, Anexo II, art. 62. Este dispositivo reproduz a mesma redação prevista no regimento anterior (art. 49, na redação dada pela Portaria nº 147/2007): ***É vedado afastar a aplicação de lei, exceto ... “I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal.***

Note-se que tal dispositivo cria uma exceção à regra que veda este Colegiado afastar a aplicação de dispositivo legal, mas exige que a inconstitucionalidade desse dispositivo já tenha sido declarada por decisão definitiva do plenário do STF. Não basta qualquer decisão da Corte Maior, tem de ser de seu plenário, e, deve-se entender como definitiva a decisão que passa a nortear a jurisprudência desse tribunal nessa matéria. Em outras palavras, decisão definitiva, na acepção do art. 62 do RICARF é aquela assentada na Corte.

O caso dos autos, a meu sentir, amolda-se, perfeitamente, à norma inserta nos artigos 62 e 62-A, supra mencionados, já que a questão da incidência dessas contribuições sobre os ingressos relativos à cessão onerosa de créditos de ICMS decorrentes de operação de exportação, como dito linhas acima, foi enfrentada pelo plenário do STF, na sistemática prevista no Art. 543-B do CPC, cujo acórdão foi assim ementado:

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 supralegal máxima efetividade.

II - A interpretação dos conceitos utilizados pela Carta da República para outorgar competências impositivas (entre as 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.

¹ Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5,869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

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.

Aplicando-se, pois ao caso ora em exame, a decisão do STF que julgou inconstitucional a incidência das contribuições sociais sobre os ingressos de valores relativos à cessão onerosa de crédito de ICMS decorrentes de exportações, deve-se cancelar a exigência da Contribuição para o PIS/Pasep sobre tais receitas.

Por derradeiro, não se pode olvidar que a Constituição é aquilo que o Supremo Tribunal Federal diz que ela é. A interpretação pretoriana deve sempre prevalecer, ainda que com ela não concordemos.

Com essas considerações, voto no sentido de negar provimento ao recurso apresentado pela Fazenda Nacional.

Henrique Pinheiro Torres