



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

Processo nº 11065.000190/2004-69
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3302-002.173 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de junho de 2013
Matéria Ressarcimento de PIS e compensação
Recorrente SCHMIDT IRMÃOS CALÇADOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/10/2003 a 31/12/2003

PRELIMINAR DE NULIDADE. INOCORRÊNCIA. LANÇAMENTO DE OFÍCIO EM PEDIDOS DE RESSARCIMENTO. INEXISTÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE.

Inexiste obrigatoriedade de se efetuar lançamento de ofício nos casos de constatação de inexatidão de informações prestadas nos pedidos de restituição/ressarcimento, quando do exame de escrituração contábil e fiscal da requerente redunde em reconhecimento parcial do direito, sem que haja levantamento de eventual crédito tributário decorrente da análise.

PIS E COFINS. TRANSFERÊNCIA DE CRÉDITO DE ICMS PARA TERCEIROS. NÃO INCIDÊNCIA.

Consoante julgamento de mérito pelo STF do RE 606107 submetido à sistemática de Repercussão Geral, a ser reproduzida no CARF conforme o art. 62-A do Regimento Interno deste Tribunal Administrativo, alterado pela Portaria MF nº 586, de 2010, não incidem PIS e Cofins sobre a transferência a terceiros de créditos de ICMS obtidos em razão do benefício fiscal de que trata o artigo 25 da Lei Complementar nº 87/96.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário, nos termos do voto da Relatora.

(assinado digitalmente)

WALBER JOSÉ DA SILVA - Presidente.

(assinado digitalmente)

MARIA DA CONCEIÇÃO ARNALDO JACÓ - Relatora.

EDITADO EM: 16/07/2013

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Walber José da Silva, José Antonio Francisco, Fabiola Cassiano Keramidas, Maria da Conceição Arnaldo Jacó, Gileno Gurjão Barreto e Jonathan Barros Vita.

Relatório

Trata o presente processo, na origem, de Pedido de Ressarcimento de PIS não cumulativo, referente ao 3º trimestre de 2003, sendo o valor pleiteado no montante de R\$ 255.306,00 e Declarações de Compensação – DCOMP a ele vinculados, nas quais a interessada busca a extinção de tributos administrados pela Receita Federal. Anexado ao presente processo está o processo nº 11065.000534/2004-30 relativo à adicionais de declarações de compensação do referido crédito.

A fiscalização iniciou ação fiscal pelo MPF nº 10.1.07.00 2004-00283 e os MPF complementares emitidos posteriormente com o objetivo de averiguar o direito creditório solicitado.

Por meio do Despacho Decisório DRF/NHO/2004 a delegacia de origem, com base no Parecer DRF/NHO/Safis nº 162/2004 (fls.eletrônicas 106 a 109), reconheceu parcialmente o direito creditório em favor da requerente, até o valor de R\$ 203.153,82, relativo ao saldo credor de PIS/PASEP não-cumulativo apurado no quarto trimestre de 2003, dado que a interessada deixou de oferecer à tributação as receitas decorrentes da transferência de créditos do ICMS a terceiros e que considerou como crédito a descontar da contribuição do mês de dezembro/2003 o valor de R\$ 12.292,42, referente ao Crédito Presumido Relativo a Estoque de Abertura, sendo que, conforme análise dos documentos apresentados (DACon) referente aos períodos anteriores, a fiscalização verificou que a contribuinte já havia utilizado (em 12 parcelas consecutivas, a partir de dez/2002 até nov/2003 todo o crédito presumido relativo a estoque de abertura it que tinha direito), não tendo mais direito a esse crédito a partir do mês de dezembro de 2003, consoante demonstra-se pelo o cálculo do valor devido a título de PIS/PASEP Glosado do crédito solicitado:

Mês Transf.	Créditos de ICMS (R\$)	Alíquota	Valor Devido (R\$)
10/2003	884.504,49	1,65 %	14.594,32
11/2003	993.301,18	1,65%	16.389,47
12/2003	537.937,69	1,65%	8.875 97
		Total transferência ICMS glosado	39.859,76

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

Autenticado digitalmente em 16/07/2013 por MARIA DA CONCEICAO ARNALDO JACO, Assinado digitalmente em 16/07/2013 por MARIA DA CONCEICAO ARNALDO JACO, Assinado digitalmente em 17/07/2013 por WALBER JOSE DA SILVA

Impresso em 22/08/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

<i>Valor solicitado (fl.02)</i>	<i>R\$ 255.306,00</i>	<i>OBS</i>
<i>(-)Valor Glosado</i>	<i>R\$ 39.859,76</i>	<i>(glosa impugnada)</i>
<i>(-)Valor Glosado</i>	<i>R\$ 12.292,42</i>	<i>(glosa não impugnada)</i>
<i>Crédito Reconhecido</i>	<i>R\$ 203.153,82</i>	

A interessada apresentou manifestação de inconformidade (fls. Eletrônicas 155 a 162), alegando preliminarmente a impossibilidade de exigência de crédito tributário sem a formalização de lançamento, posto que a fiscalização identificou supostas receitas não submetidas à tributação, apurou o montante devido e deduziu dos créditos verificados o valor correspondente, acarretando cerceamento de defesa administrativa do contribuinte e, no mérito alega também inoccorrência do fato gerador e observa que o Despacho Decisório não explica quais seriam as "vantagens patrimoniais" recebidas pelo contribuinte, em troca de seus créditos de ICMS transferidos a terceiros. Argumenta que as "vantagens patrimoniais" mencionadas no Parecer não se caracterizam como receita pois não alcançam um resultado positivo na operação, de acordo com o conceito de faturamento dos arts. 2º e 3º da Lei nº 9.718/98. Isso posto, requer seja excluída a glosa procedida e reconhecido integralmente direito creditório em favor do contribuinte, no valor de R\$ 243.013,58.

Os membros da 2ª Turma de Julgamento da DRJ em Porto Alegre, por meio do ACÓRDÃO DRJ/P0A nº 7922, de 30 de março de 2006, julgaram, por unanimidade de votos, por indeferir o pedido, conforme consta da ementa e dispositivo do voto a seguir transcrito:

“Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/10/2003 a 31/12/2003

Ementa: Há incidência de Pis e Cofins na cessão de créditos de ICMS, dada a existência de uma alienação de direitos classificados no ativo circulante.

Solicitação Indeferida

Vistos, relatados e discutidos os autos,

ACORDAM os membros da 2ª Turma de Julgamento da DRJ em Porto Alegre, por unanimidade de votos, INDEFERIR O PEDIDO, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

À Delegacia da Receita Federal de origem do processo, para cientificar este Acórdão ao contribuinte e demais providências de sua alçada. Observe quanto à possibilidade da interessada interpor recurso voluntário ao Conselho de Contribuintes, no prazo de 30 dias contado da ciência do presente acórdão”

A contribuinte foi cientificada do referido Acórdão em 24 de abril de 2006, consoante Aviso de recebimento- AR de fl. eletrônica 184 e, irresignada, apresenta em 17 de maio de 2006 o Recurso Voluntário de fls. eletrônicas 185 a 211, na qual argúi:

- preliminarmente, a irregularidade do procedimento adotado para exigência de suposto crédito, sem a formalização de lançamento e no mérito, ressaltando que o fundamento invocado pela r. decisão, no sentido de que a "glosa de eventuais rubricas e créditos pleiteados é insita à sistemática de verificação de créditos de Pis e Cofins não-cumulativa" não encontra amparo na legislação de regência, posto que a IN SRF nº 600/2005, em seu art. 24, segundo afirma a recorrente, prevê a esse respeito tão-somente a possibilidade de que "seja verificada (.) a exatidão das informações prestadas". Inexistindo, contudo, previsão para "glosa de eventuais rubricas e créditos pleiteados", ressaltando que a exigência de eventual crédito tributário demanda a formalização de lançamento, como dispõem o art. 142 do CTN e o art. 9º do Decreto nº. 70.235/72. Menciona o texto do art. 90 da Medida Provisória nº. 2.158-35, de 24/08/2001, aplicável ao caso concreto por analogia.
- No mérito, ser inviável, no caso concreto, a pretendida tributação sobre as transferências de créditos de ICMS, pelas razões a seguir sintetizadas:

“a) não é afirmado no Relatório Fiscal, nem há prova nos autos de que o contribuinte teria recebido qualquer valor em contrapartida à transferência de seus créditos de ICMS;

b) ainda que assim não fosse, ad argumentandum tantum o eventual resultado dessas operações não poderia ser considerado receita tributável;”

c) finalmente, a tributação desse resultado restringiria a regra de imunidade insculpida nos arts. 149, §2º., inc. I e 155, § inc. X, “a” da Constituição Federal.”

É o Relatório.

Voto

Conselheira Maria da conceição Arnaldo Jacó.

Consoante se constata do relatório, o litígio aqui presente diz respeito unicamente à análise da incidência, ou não, do PIS/COFINS sobre a transferência de crédito de ICMS para terceiros, haja vista que a contribuinte não manifestou inconformidade contra a glosa efetuada sobre o crédito descontado da contribuição do mês de dezembro/2003 no valor de R\$ 12.292,42, referente ao Crédito Presumido Relativo a Estoque de Abertura, constituindo-se, parte incontroversa, posto que é a impugnação ou a manifestação de inconformidade que instaura a fase litigiosa.(Arts. 14 e 17 do Decreto nº 70.235/72).

A recorrente alega ser empresa exclusivamente exportadora.

Nesta condição, acumula saldo credor de ICMS, o qual, não podendo ser compensado, é transferido para terceiros, consoante permissão contida no art. 25 da Lei Complementar nº 87/96.

DA PRELIMINAR

Sabe-se que a Administração tem o dever de zelar pela legalidade dos atos de seus agentes e que se impõe a nulidade de ato administrativo no caso de o mesmo ter sido praticado com afronta aos princípios e normas legais. Cabe, então, analisar e concluir se o Despacho decisório da Autoridade administrativa em foco realmente foi praticado com vício, consoante alegações da recorrente.

O Despacho Decisório é o Ato hábil e legal da autoridade administrativa para decidir sobre o deferimento, ou não, do pedido de restituição ou ressarcimento e sobre a homologação, ou não, da compensação, sendo necessária a verificação da liquidez e certeza do crédito informado pelo o contribuinte, por ocasião da análise de direito creditório em pedido de restituição/ressarcimento ou compensação declarada pelo o contribuinte, dentro do prazo preclusivo de 5 (cinco) anos a partir da entrega da PERDCOMP. E, tendo em vista os princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do crédito tributário, tem-se a ressaltar que para verificar a liquidez e certeza do crédito informado pelo o contribuinte, no período de apuração do PIS não cumulativo, pode-se averiguar não somente o crédito apurado, mas, também os aspectos da obrigação tributária, tais quais a base de cálculo e alíquota aplicada, com base nos documentos e livros contábeis e fiscais. Sobre isso, não existem restrições no CTN.

Nesse sentido emitiu a Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB a Instrução Normativa nº 600, de 2005 que ao tratar de compensação e ressarcimento de créditos da contribuição para o Pis/Pasep e da Cofins reza em seu art. 24:

“Art. 24. A autoridade da SRF competente para decidir sobre o pedido de ressarcimento de créditos da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins poderá condicionar o reconhecimento do direito creditório à apresentação de documentos comprobatórios do referido direito, bem como determinar a realização de diligência fiscal nos estabelecimentos da pessoa jurídica a fim de que seja verificada, mediante exame de sua escrituração contábil e fiscal, a exatidão das informações prestadas.”

Contata-se, pois, ao contrário do alegado pela recorrente, que tal dispositivo transcrito respalda o ato administrativo ora questionado, posto que não há nenhuma irregularidade no ato praticado pela Autoridade Administrativa competente no presente processo, por meio do Despacho Decisório DRF/NHO/2004, que teve como base o Parecer DRF/NHO/Safis nº 162/2004 (fls.eletrônicas 106 a 109), por ter sido este último efetuado exatamente com o objetivo de verificar a exatidão das informações prestadas e que, em decorrência de sua análise, propôs o deferimento parcial do valor a ser ressarcido e, em decorrência, o de homologação parcial da compensação declarada, o que foi acatado pela autoridade competente. No mencionado Despacho Decisório identificou-se o contribuinte; descreveu-se o fato que gerou a alteração do valor a ser ressarcido e a disposição legal infringida; Portanto, não houve prejuízo ao contribuinte pelo o fato de não se ter lavrado um Auto de Infração, posto que a modificação promovida na base de cálculo por meio do Despacho Decisório não afastou o direito de apresentação da manifestação de inconformidade,

consoante previsto no §9º do art. 74 da Lei nº 9.430, de 1996. Tanto é assim que o contribuinte apresentou a sua manifestação de inconformidade confrontando o mérito e, em seguida, o seu recurso a esse conselho contra a decisão de primeira instância, que manteve o decidido no Despacho Decisório. Atende-se, portanto, ao Princípio da Ampla Defesa e do Contraditório.

Consoante destaca o AFRFB Gilson Wessler Michels em suas anotações e comentários ao Decreto 70.235/72, versão 16, pag. 52, “no ressarcimento o que se devolve são créditos escriturais, gerados no âmbito dos tributos não-cumulativos, que não puderam ser aproveitados quando da apuração do tributo devido ao final de um período de apuração, pela devida confrontação entre créditos e débitos gerados pelas entradas e saídas da atividade negocial. Tal forma de apuração, no âmbito federal, existe em relação ao Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, à Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS e à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, estas duas últimas exações no caso de apuração pelo regime não-cumulativo”. Assim, a negativa do ressarcimento no valor integral solicitado e a homologação parcial da compensação declarada pelo o contribuinte independe de lançamento de ofício, cuja exigência ocorreria no caso específico de se apurar saldo devedor do tributo ao invés de crédito a restituir/ressarcir. Esta assertiva fundamenta-se no fato de a Administração Tributária não poder deferir um crédito que sabe não ser líquido e certo, premissa estabelecida pela letra do próprio art. 170 do CTN:

“Art. 170. A lei pode, nas condições e garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a fazenda pública.”

A COSIT, em resposta à consulta da COCAJ, emitiu recentemente, em 15 de fevereiro de 2012, a Nota Técnica nº 9 na qual, após as suas considerações, conclui que:

*“16.2. Assim, se a análise do crédito do contribuinte ocorrer dentro do prazo decadencial, **eventual apuração de crédito tributário** deverá ser formalizada por meio de lançamento de ofício. No entanto, se o período correspondente à infração apurada já estiver decaído, ao tempo dessa análise, é possível negar a restituição ou não homologar a compensação mediante despacho decisório (art 37, da Instrução Normativa nº 900, de 30 de dezembro de 2008), mas sem efetuar o lançamento.” (Grifei)*

O Decreto 70.235/1972, por sua vez, à época em que se emitiu o Despacho Decisório DRF/NHO/2004, que teve como base o Parecer DRF/NHO/Safis nº 162/2004 (fls.eletrônicas 106 a 109), qual seja, 02 de dezembro de 2004, em seu art. 9º só previa a emissão de Auto de Infração e/ou notificação de lançamento para formalização da exigência de crédito tributário, distinto para cada tributo. Apenas em 2009 com a inclusão do parágrafo 4º ao referido artigo, por meio da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009 é que se autorizou a aplicação da regra de emissão de Auto de Infração e/ou notificação para os casos em que se constata infração à legislação tributária e dela não resulte exigência de crédito tributário.

Nesse sentido, depreende-se da leitura do Parecer DRF/NHO/Safis nº 162/2004 (fls.eletrônicas 106 a 109) que a autoridade fiscal agiu conforme a lei, posto que para os períodos fiscalizados não se apurou crédito tributário, mas tão somente alteração do valor de ressarcimento pleiteado, tendo em vista que aquela autoridade legalmente procedeu à devida averiguação da certeza e liquidez dos créditos pleiteados no presente processo.

E, o Decreto 70.235/1972 ainda enumera no art. 59 os casos de nulidade no PAF, resumindo-os a duas hipóteses, quais sejam: atos e termos lavrados por pessoa incompetente e despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa e o art. 60 prescreve que as irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no art. 59 não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

De outra parte, a declaração de nulidade de qualquer ato só se impõe no caso de associado a ele estar algum prejuízo concreto para as partes.

Neste sentido são as regras contidas no 1º do art. 249 e parágrafo único do art. 250, ambos do CPC.

Assim, verifica-se que o ato praticado pela a Autoridade competente atende aos princípios da legalidade e da ampla defesa e contraditório e, portanto, não há porque declarar a sua nulidade, concluindo-se pela validade do ato assim praticado.

DO MÉRITO

A discussão atinente à exigibilidade do PIS e COFINS sobre os valores referentes a transferência de crédito de ICMS para terceiros, por meio do Recurso Extraordinário nº 606107 interposto pela União Federal contra acórdão proferido pelo TRF da 4ª Região, que assentou não incidirem PIS e Cofins sobre a transferência a terceiros de créditos de ICMS obtidos em razão do benefício fiscal de que trata o artigo 25 da Lei Complementar nº 87/96, cujo reclamado era a empresa ora recorrente, foi submetida à sistemática de Repercussão Geral (tema 283), prevista no § 1º do art. 543-A do CPC, com a redação da Lei 11.418/2006, por se tratar a questão de análise do conceito de receita, base econômica que delimita as contribuições PIS e COFINS, envolvendo, pois, o tema da competência tributária, tendo entendido a Ministra relatora Ellen Gracie tratar-se de questão relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassa os interesses subjetivos da causa.

E nesta condição, nos termos do art. 543-B do Código de Processo Civil - CPC, referido RE 606107 foi julgado na sessão de 22 de maio de 2013, tendo sido proferida a decisão definitiva de mérito pelo o STF, cuja Ministra relatora, Rosa Weber, em seu voto, decidiu manter a decisão do Tribunal de origem, em seus próprios fundamentos, por entender, dentre outros argumentos, que os valores de créditos de ICMS decorrentes de exportações transferidos a terceiros não constituem receita tributável, mas custo/despesa recuperável, com a finalidade de desonerar a empresa exportadora.

Ainda segundo a Ministra, o art. 149, §2º, I, da CF, aplicável ao PIS/Cofins, imuniza as receitas decorrentes de exportação, de modo que tais contribuições não devem incidir sobre os valores relativos dos referidos créditos de ICMS transferidos a terceiros.

A Ministra citou alguns precedentes do STF (RE nº 217.233, RE 474.432, AgR no RE 327.414 e AgR no RE 205.355) e votou pelo desprovimento do recurso da União, tendo sido seguida pela maioria dos Ministros, vencido apenas o Ministro Dias Toffoli.

“Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, conheceu e negou provimento ao recurso extraordinário, vencido o Ministro Dias Toffoli. Votou o

Presidente, Ministro Joaquim Barbosa. Falaram, pela recorrente, o Dr. Luiz Carlos Martins Alves, Procurador da Fazenda Nacional, e, pela recorrida, o Dr. Danilo Knijnik. Plenário, 22.05.2013.”

A Portaria MF nº 256, de 22 de Junho de 2009, que aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e dá outras providências, estabelece em seu art. 62-A, *in verbis*..

“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.” (Portaria MF nº 586/2010)

Vê-se, então, que 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 vinculam este E. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais/MF, em face do que prescreve o art. 62-A do RICARF acima transcrito.

Assim, não obstante a posição pessoal da relatora, tendo em vista o julgamento do mérito do RE 606107 submetido à sistemática de Repercussão Geral, referente à mesma matéria ora sob litígio, qual seja, exigibilidade do PIS e COFINS sobre os valores referentes a transferência de crédito de ICMS para terceiros e a disposição contida no art. 62-A do RICARF, todos acima transcritos, conduzo o meu voto para dar provimento parcial ao recurso voluntário, no sentido de negar a preliminar de nulidade e no mérito, excluir a glosa efetuada pela autoridade administrativa acerca dos valores de transferência de créditos de ICMS, créditos estes acumulados em decorrência das atividades de exportação da recorrente, reconhecendo, pois, o respectivo direito de ressarcimento do valor decorrente e a homologação das compensações efetuadas até o limite do crédito reconhecido.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Maria da Conceição Arnaldo Jacó - Relatora