



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

Processo nº 11065.003152/2004-68
Recurso nº 253.704 Voluntário
Acórdão nº **3801-01.041 – 1ª Turma Especial**
Sessão de 20 de março de 2012
Matéria COFINS NÃO-CUMULATIVA/COMPENSAÇÃO
Recorrente IND E COM DE CALÇADOS MALU LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/04/2004 a 30/06/2004

COFINS NÃO-CUMULATIVA. BASE DE CÁLCULO. CESSÃO DE CRÉDITOS DO ICMS. NÃO INCLUSÃO.

Não compõe o faturamento ou receita bruta, para fins de tributação da Cofins, o valor do crédito de ICMS transferido a terceiros, cuja natureza jurídica é a de crédito escritural do imposto Estadual.

RESSARCIMENTO. ATUALIZAÇÃO. TAXA SELIC.

Face a expressa determinação legal, é inadmissível a atualização monetária dos valores ressarcidos da Cofins Não-Cumulativa, devendo o ressarcimento de tais créditos se dar pelo valor nominal.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos dar provimento parcial ao recurso no sentido de excluir, na apuração do ressarcimento, a incidência da contribuição PIS sobre a cessão de créditos do ICMS. Pelo voto de qualidade negar provimento a correção, pela Selic, do valor ressarcido. Vencidos os Conselheiros Sidney Eduardo Stahl, Maria Inês Caldeira Pereira da Silva Murgel e Jacques Maurício Ferreira Veloso de Melo que davam provimento ao recurso em relação a correção pela taxa Selic a partir da ciência do Despacho Decisório da DRF de origem. O Conselheiro Sidney Eduardo Stahl fará declaração de voto. Fez sustentação oral pela recorrente o Dr. Dílson Gerent, OAB/RS 22.484.

(assinado digitalmente)

Flávio de Castro Pontes - Presidente.

(assinado digitalmente)

José Luiz Bordignon - Relator.

EDITADO EM: 20/04/2012

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Flavio de Castro Pontes (Presidente), Jose Luiz Bordignon, Sidney Eduardo Stahl, Paulo Sergio Celani, Maria Ines Caldeira Pereira da Silva Murgel e Jacques Maurício Ferreira Veloso de Melo.

Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida, que transcrevo a seguir:

“Trata-se de manifestação de inconformidade contra indeferimento parcial de créditos, relativo ao saldo credor de COFINS não cumulativa, que constam em declarações de compensação. O interessado discorda da glosa parcial, oriunda da tributação das receitas decorrentes das transferências de créditos do ICMS a terceiros, alegando que a fiscalização não teria apontado o dispositivo legal infringido ao identificar estas receitas não submetidas à tributação, o que acarretaria na nulidade da decisão em comento, pois tal procedimento equivaleria à formalização de um lançamento, o que tornaria obrigatória a expressa indicação do dispositivo legal infringido.

Argumenta, ainda, que as operações de transferência de ICMS não se enquadram no conceito de receita, e se tratariam de mero ingresso, recuperação de despesa/custo, decorrente da sistemática de apuração deste imposto.

Finalmente, o interessado pleiteia, também, a atualização monetária, pela taxa SELIC, dos créditos em questão, desde a data da sua constituição até o efetivo ressarcimento.

Isso posto, requer que seja dado provimento à manifestação de inconformidade, com o reconhecimento da nulidade da decisão combatida e do direito a todo o crédito pleiteado, sem as glosas impugnadas, corrigido monetariamente.

Após a apresentação da manifestação de inconformidade, foi acrescentado a este processo o pedido de fl. 221, cujo valor foi integralmente ressarcido, conforme se verifica pela cópia de tela do sistema SIAFI anexada na fl. 232”.

A Delegacia de Julgamento em Porto Alegre (RS) proferiu a seguinte decisão, nos termos da ementa abaixo transcrita:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/04/2004 a 30/06/2004

Incide Pis e Cofins na cessão de créditos de ICMS, ante a existência de alienação de direitos classificados no ativo circulante.

A matéria que não for expressamente contestada, torna-se definitiva na esfera administrativa.

Solicitação Indeferida”.

Inconformada, a contribuinte recorre a este Conselho, conforme recurso de fls. 240 a 258, reproduzindo, na essência, as razões apresentadas por ocasião da manifestação de inconformidade.

Por fim REQUER:

Por todo o exposto, a Recorrente requer seja dado provimento a este recurso para o fim de:

a) reconhecer o direito ao crédito pleiteado, sem a necessidade de incluir na formação da base de cálculo da COFINS devida, o montante do saldo credor do ICMS transferido a terceiros, seus fornecedores, para pagamento de insumos utilizados no processo de industrialização; e,

b) determinar que o montante de seus créditos a serem ressarcidos, inclusive os já reconhecidos, seja atualizado com a aplicação da Taxa SELIC, desde a data de protocolização dos pedidos de ressarcimento até a data em que ditos montantes se tornarem disponíveis para a Requerente.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Luiz Bordignon, Relator

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, portanto dele tomo conhecimento.

De acordo com os autos, a interessada requereu o ressarcimento da COFINS Não-Cumulativa, referente ao trimestre abril-junho/2004, no valor de R\$ 2.830.421,09, sendo reconhecido pela DRF/Novo Hamburgo (Despacho Decisório DRF/NHO/2005) o valor de R\$ 2.512.864,30 (glosa de R\$ 317.556,79), conseqüentemente a compensação foi homologada até o limite do referido crédito.

Inconformada com a decisão exarada no Acórdão nº 10-13.113, da 2ª Turma da DRJ/Porto Alegre, que indeferiu a manifestação de inconformidade, mantendo o Despacho Decisório DRF/NHO, fls. 159, apresentou o recurso voluntário, objetivando a reforma do referido acórdão, para que seja reconhecido o direito ao crédito pleiteado, sem a necessidade de incluir na formação da base de cálculo da COFINS devida o montante do saldo credor do ICMS transferido a terceiros e que os créditos sejam atualizados com a aplicação da Taxa SELIC, desde a data de protocolização dos pedidos.

Do exame das peças que compõem o presente processo, constata-se que a matéria controversa se refere a (i) receita proveniente da cessão de créditos de ICMS à terceiros, não incluída na apuração da base de cálculo e (ii) atualização dos créditos pela taxa SELIC.

No que tange a cessão de créditos do ICMS, cuja “receita” a recorrente não incluiu na base de cálculo da Cofins Não-Cumulativa, deve-se analisar, à luz do art. 1º da Lei nº 10.833/2003¹, se essa transferência do saldo credor do ICMS se reveste da natureza jurídica de receita, pois só assim é possível a incidência da COFINS.

¹ Art. 1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, com a incidência não-cumulativa, tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, 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.

§ 2º A base de cálculo da contribuição é o valor do faturamento, conforme definido no caput.

§ 3º Não integram a base de cálculo a que se refere este artigo as receitas:

I - isentas ou não alcançadas pela incidência da contribuição ou sujeitas à alíquota 0 (zero);

II - não-operacionais, decorrentes da venda de ativo permanente;

III - auferidas pela pessoa jurídica revendedora, na revenda de mercadorias em relação às quais a contribuição seja exigida da empresa vendedora, na condição de substituta tributária;

V - referentes a:

a) vendas canceladas e aos descontos incondicionais concedidos;

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

Sobre a matéria em debate, a autoridade autuante assim se manifestou:

“[...]

Constatamos, no decorrer da ação fiscal, que a fiscalizada efetuou cessão de créditos do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) a terceiros, nos meses de fevereiro de 2004 a dezembro de 2004, conforme reconhecido pela própria fiscalizada em atendimento ao nosso Termo de Solicitação de informações e Documentos nº 01, de 03/03/2005.

A fiscalizada não ofereceu à tributação as receitas decorrentes dessas cessões de crédito de ICMS. Essa operação equipara-se a verdadeira alienação de direitos a título oneroso e origina receita tributável, devendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

[...]

Na cessão de créditos de ICMS, há também a alienação do crédito fiscal, porém de forma separada das mercadorias que o originaram. Assim sendo, não há por que dispensar tratamento tributário diferenciado na hipótese de o contribuinte optar por alienar isoladamente o crédito de ICMS a terceiro. Caso tal crédito não sofresse tributação, estar-se-ia proporcionando ao contribuinte um benefício sem amparo legal. Ou seja, a incidência do PIS e da COFINS na cessão de créditos de ICMS a terceiros apenas restabelece o equilíbrio tributário na operação.

Convém ressaltarmos que tais valores devem compor a base de cálculo das referidas contribuições mesmo na hipótese de não transitarem por conta de resultado, visto que é irrelevante, para fins de apuração do faturamento, a denominação ou classificação contábil das receitas auferidas.

[...]”

Por seu turno, a recorrente fundamentou sua defesa alegando que, em síntese:

“[...]

Se os eminentes julgadores tivessem tido a cautela de observar as normas elementares de contabilidade, constatariam, sem maior esforço, que a sistemática de contabilização do ICMS - que foi, inclusive, tomada por base pelo legislador, quando adotou a não cumulatividade para a COFINS - faz com que os saldos credores apurados pelo contribuinte fiquem consignados em conta do Ativo (ICMS a Recuperar), os quais podem ser

VI - 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 § 1º do art. 25 da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996. (Redação dada pela Lei nº 11.945, de 4 de junho de 2009)

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

Autenticado digitalmente em 20/04/2012 por SIDNEY EDUARDO STAHL, Assinado digitalmente em 20/04/2012

por SIDNEY EDUARDO STAHL, Assinado digitalmente em 20/04/2012 por JOSE LUIZ BORDIGNON, Assinado dig

italmente em 23/04/2012 por FLAVIO DE CASTRO PONTES

Impresso em 19/06/2012 por EUNICE AUGUSTO MARIANO - VERSO EM BRANCO

utilizados para abatimento dos valores do mesmo tributo, apurados como devidos sobre operações próprias, ou transferidos a terceiros em operações de aquisições de matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem, que foi o que ocorreu no caso concreto.

[...]

Por qualquer ângulo que se examine a questão, a conclusão a que se chega é no sentido de que, o montante do ICMS registrado no ativo da Recorrente, utilizado para pagamento a fornecedores, está longe de se constituir em receita, razão pela qual não pode ser mantida a Decisão em comento que, nessa parte, glosou parcialmente o pedido de ressarcimento de créditos da COFINS.

Ora, se a empresa possui um direito de crédito no seu ativo e o utiliza para pagamento de bens que também vão integrar o seu ativo (matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem), não se pode conceber como correta a pretensão do Fisco no sentido de que essa forma de pagamento deveria ser considerada como receita, para fins de inclusão desse valor na formação da base de cálculo da COFINS.

Com todas as vênias, é simplesmente absurda a argumentação da Câmara Julgadora da DRF/POA no sentido de que dita transferência de crédito equipara-se a uma verdadeira alienação de direitos a título oneroso e, por isso, deve ser considerado como uma receita, para sofrer a incidência da COFINS.

A prevalecer como correto tal entendimento - o que a Recorrente espera que não ocorra - qualquer valor integrante do ativo do contribuinte que vier a ser utilizado para pagamento de fornecedores, vai acabar sendo considerado como receita e integrar a base de cálculo dessa contribuição. Para avaliar a gravidade do procedimento do Fisco, basta imaginar que, sob tal ótica, caso a empresa tivesse utilizado "duplicatas a receber" para quitar um débito com um seu fornecedor, ela, então, deveria considerar tal valor como receita. Vejam, eminentes Julgadores que, até hoje, em momento algum, pelo que se tem conhecimento, o Fisco teria utilizado tal entendimento para impor aos contribuintes a adoção de procedimento dessa natureza, ainda mais quando, como no presente caso, se pretende instituir um fato gerador sem previsão legal.

[...]”

(grifos acrescidos)

Para o deslinde da presente contenda, necessário se faz compreender as disposições do art. 1º da Lei nº 10.833, de 2003, onde se encontra os contornos do que seria a receita tributável. Neste dispositivo legal está estabelecido que a matéria a ser tributada é a “receita auferida pela pessoa jurídica”, independentemente de sua denominação ou classificação contábil. Portanto, o elemento delimitador da matéria é a condição de “Receita”.

Em vista disso, conhecer a natureza jurídica da “cessão de créditos de ICMS a terceiros” e, desse modo, seu regime jurídico, é condição para caracterizá-la como receita ou não, na acepção do art. 1º da Lei nº 10.833/2003, para fins de tributação da Cofins.

Desse modo, há de se questionar se a cessão de créditos a terceiros é uma receita ou se é tão somente um ingresso de recursos que teve origem na recuperação de custo por pagamento de tributo embutido no preço do insumo adquirido.

De plano, considere-se que o crédito do ICMS, em sua origem, é um incentivo fiscal concedido pelo legislador no sentido de eliminá-lo na formação do preço da mercadoria exportada, desonerando-o em relação às compras de insumos utilizados em produtos efetivamente exportados, como forma de incentivar às vendas da produção nacional ao exterior. Com esta sistemática, o legislador permitiu a utilização de um crédito mesmo que não haja débito a ser compensado, uma vez que a saída para o exterior não é tributada.

Deve-se ter em mente que o estudo dos fatos jurídicos deve ser norteado pelas normas jurídicas e, a partir de então, estabelecer sua natureza. No caso em comento, é indubitável que se trata de saldo credor escritural de ICMS, sendo esta a sua natureza, cujo regime jurídico a reger sua utilização é àquele disposto na Lei Complementar nº 87/96 e às diversas leis estaduais que tratam do referido imposto.

Lei Complementar nº 87, de 13 /09 /1996:

***Art. 24.** A legislação tributária estadual disporá sobre o período de apuração do imposto. As obrigações consideram-se vencidas na data em que termina o período de apuração e são liquidadas por compensação ou mediante pagamento em dinheiro como disposto neste artigo:*

I - as obrigações consideram-se liquidadas por compensação até o montante dos créditos escriturados no mesmo período mais o saldo credor de período ou períodos anteriores, se for o caso;

II - se o montante dos débitos do período superar o dos créditos, a diferença será liquidada dentro do prazo fixado pelo Estado;

III - se o montante dos créditos superar os dos débitos, a diferença será transportada para o período seguinte.

***Art. 25.** Para efeito de aplicação do art. 24, os débitos e créditos devem ser apurados em cada estabelecimento do sujeito passivo. Para este mesmo efeito, a lei estadual poderá determinar que se leve em conta o conjunto dos débitos e créditos de todos os estabelecimentos do sujeito passivo no Estado.*

§ 1º Saldos credores acumulados a partir da data de publicação desta Lei Complementar por estabelecimentos que realizem operações e prestações de que tratam o inciso II do art. 3º e seu parágrafo único podem ser, na proporção que estas saídas

representem do total das saídas realizadas pelo estabelecimento:

I - imputados pelo sujeito passivo a qualquer estabelecimento seu no Estado;

II - havendo saldo remanescente, transferidos pelo sujeito passivo a outros contribuintes do mesmo Estado, mediante a emissão pela autoridade competente de documento que reconheça o crédito.

§ 2º Lei estadual poderá, nos demais casos de saldos credores acumulados a partir da vigência desta Lei Complementar, prevenir que:

I - sejam imputados pelo sujeito passivo a qualquer estabelecimento seu no Estado;

II - sejam transferidos, nas condições que definir, a outros contribuintes do mesmo Estado.

O fato é que o crédito acumulado de ICMS gerado por um contribuinte, na compreensão do art. 1º da Lei nº 10.833/2003, não é receita e nem pode ser a ela equiparado, pois possui natureza jurídica diversa.

Nessa direção é a posição da CSRF no acórdão nº 02/03-783 - 2ª Turma, de 11 de fevereiro de 2009, abaixo colacionado:

“CESSÃO DE CRÉDITOS DE ICMS. NÃO INCIDÊNCIA.

A cessão de créditos de ICMS não se constitui em base de cálculo da contribuição, por se tratar esta operação de mera mutação patrimonial, não representativa de receita”.

Por derradeiro, resta analisar a questão relativa à aplicação da taxa Selic ao crédito pleiteado.

Quanto à alegada incidência da Selic sobre a parte deferida, cabe rejeitá-la, por expressa disposição legal.

É que o art. 13 da Lei nº 10.833/2003 veda expressamente, na hipótese de ressarcimento da Cofins Não-Cumulativa, qualquer “atualização monetária ou incidência de juros sobre os respectivos valores”. A vedação também se aplica ao Pis/Pasep Não-Cumulativo, conforme inciso VI do art. 15 da mesma Lei.

Assim, diante de expressa determinação legal, é inadmissível a aplicação de correção monetária aos créditos não aproveitados na escrita fiscal, por insuficiência de débitos no respectivo período de apuração, devendo o ressarcimento de tais créditos se dar pelo valor nominal.

Em face do exposto, voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso, excluindo da base de cálculo da Cofins Não-Cumulativa a receita proveniente da cessão de créditos de ICMS a terceiros. Quanto a correção, pela Selic, do valor ressarcido, nego provimento.

É assim que voto.

(assinado digitalmente)

José Luiz Bordignon

Declaração de Voto

Conselheiro Sidney Eduardo Stahl

Em que pese o excelente voto apresentado pelo Ilustre Relator, dele divirjo quanto à correção pela taxa SELIC dos valores restituídos.

Entendo que, ante o disposto no artigo 13 da Lei nº 10.833/2003, embora não seja prevista a correção monetária de créditos de COFINS não-cumulativa, dois motivos autorizam a correção, o um: o STJ possui jurisprudência reiterada de que tal correção será devida sempre que a sua utilização for indevidamente obstada pela entidade fiscal (*REsp 1.034.398/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 22.4.2008; REsp 1.019.047/SC, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 24.4.2008; EREsp 430.498/RS, 1ª Seção, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 7.4.2008; REsp 891.367/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 22.2.2007*); o dois: pelo teor do artigo legal tenho que essa correção não se opera somente até a opção do contribuinte em restituir tais valores por conta das normas gerais de contabilidade.

Assim expressa o artigo:

Art. 13. O aproveitamento de crédito na forma do § 4º do art. 3º, do art. 4º e dos §§ 1º e 2º do art. 6º, bem como do § 2º e inciso II do § 4º e § 5º do art. 12, não ensejará atualização monetária ou incidência de juros sobre os respectivos valores.

Como se vê, o artigo diz que o aproveitamentos dos créditos não ensejará atualização monetária, quer por meio de restituição, quer compensação.

Em termos contábeis o aproveitamento de um crédito escritural (que nada tem a ver com o crédito tributário) dá-se pelo seu valor nominal em respeito ao Princípio do Registro pelo Valor Original que determina que os componentes do patrimônio devem ser inicialmente registrados pelos valores originais das transações, expressos em moeda nacional.

Corresponde esse, ao valor nominal lançado na contabilidade e insusceptível de correção. Mas quando há a opção de aproveitamento desse crédito não há sentido em negar-lhe a correção.

O aproveitamento do crédito deixa de ser escritural quando o aproveitamento não é realizado por conta de mera opção contábil, opção do contribuinte.

É importante distinguir duas situações: a) aquela em que o aproveitamento do crédito não se deu imediatamente por opção ou por impossibilidade imputável ao próprio contribuinte; e b) aquela em que o contribuinte esteve impedido de efetuar o aproveitamento por oposição constante de ato estatal, administrativo ou normativo, considerado ilegítimo. Quanto a segunda questão é preciso reconhecer o direito do contribuinte a corrigir seus créditos escriturais, e isto não apenas em homenagem ao princípio da proibição do locupletamento sem causa (ou com base em causa ilegítima), como também por ser forma de dar integral cumprimento ao princípio da não-cumulatividade, ou seja, feita a opção efetiva de compensar o crédito a contribuinte

A atualização monetária é devida porque não advém da permissão legal de compensação, mas do impedimento causado pelo Estado para o lançamento na época própria e isso não está previsto no texto do artigo 13, supracitado.

O caso presente deve ser visto com esse enfoque porquanto também aqui o aproveitamento dos créditos não foi permitido pelo Fisco, obrigando o contribuinte a demandar o reconhecimento do seu direito, como fez essa turma.

Não teria sentido, nessas circunstâncias, carregar ao contribuinte os ônus que a demora do processo acarretou sobre o valor real do seu crédito escritural. Assim, deveria ser autorizado o cômputo da correção monetária do valor do crédito escritural durante o período compreendido entre (a) a data em que o crédito poderia ter sido aproveitado e não o foi por óbice estatal e (b) a data do trânsito em julgado da decisão administrativa, que afasta o referido óbice.

É como voto,

(assinado digitalmente)

Sidney Eduardo Stahl, Conselheiro