



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

Processo nº 11065.100723/2006-73
Recurso nº 246.783 Especial do Procurador
Acórdão nº 9303-01.507 – 3ª Turma
Sessão de 31 de maio de 2011
Matéria COFINS
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CALÇADOS MALU LTDA.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/04/2006 a 30/06/2006

RECURSO ESPECIAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE DISSÍDIO QUANTO AO OBJETO DO RECURSO ESPECIAL. DIVERSIDADE DE MATÉRIAS ENFRENTADAS NOS ACÓRDÃOS COMPARADOS.

Não se caracteriza a divergência jurisprudencial, requisito de admissibilidade do recurso especial, quando os julgados cotejados não apresentam semelhança fática, não versam sobre o mesmo tributo, e não enfrentam, com soluções jurídicas diversas, a mesma matéria, objeto do recurso especial.

Recurso Especial do Procurador Não Conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso especial, por falta de divergência.

Otacílio Dantas Cartaxo - Presidente

Susy Gomes Hoffmann - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Henrique Pinheiro Torres, Nanci Gama, Judith do Amaral Marcondes Armando, Rodrigo Cardozo Miranda, Gilson Macedo Rosenberg Filho, Marcos Tranches Ortiz, Rodrigo da Costa Pôssas, Maria Teresa Martínez López, Susy Gomes Hoffmann e Otacílio Dantas Cartaxo.

Relatório

Trata-se de recurso especial interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional.

A autuação referiu-se à Cofins não-cumulativa concernente ao período compreendido entre janeiro e junho de 2006. Foram constatadas duas irregularidades: a) receitas com crédito de ICMS transferidos para terceiros e não incluídas na apuração da base de cálculo da Cofins; e b) créditos indevidos, tendo em vista a inclusão na base de cálculo o valor relativo à depreciação de máquinas e equipamentos adquiridos usados, em desacordo com o artigo 1º, §3º, inciso II, da IN SRF nº457/2004 (Relatório da Ação Fiscal, fls. 53/60).

O contribuinte apresentou manifestação de inconformidade (fls. 77/95).

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Porto Alegre, às fls. 134/135 dos autos, indeferiu a solicitação do contribuinte, nos termos da seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL- COFINS

Período de apuração: 01/04/2006 a 30/06/2006

Ementa:

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

Solicitação indeferida.

O contribuinte interpôs recurso voluntário (fls. 139/155).

A antiga Quarta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes deu parcial provimento ao recurso do contribuinte. Eis a ementa do julgado:

ASSUNTO- CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL- COFINS

Período de apuração: 01/04/2006 a 30/06/2006

COFINS NÃO CUMULATIVO. RESSARCIMENTO. TRANSFERÊNCIA DE CRÉDITOS DO ICMS A TERCEIROS.

Não incide Pis e Cofins na cessão de créditos de ICMS, uma vez sua natureza jurídica não se revestir de receita.

CORREÇÃO MONETÁRIA DOS CRÉDITOS.

Dada a expressa determinação legal vedando a atualização de créditos do PIS e da Cofins não cumulativos nos pedidos de ressarcimento 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.

POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA TAXA SELIC PARA CORREÇÃO DOS CRÉDITOS.

A Taxa Selic é juros não se confundindo com correção monetária, razão pela qual não pode em absoluto ser usada para atualizações monetárias de ressarcimento.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

A Procuradoria da Fazenda Nacional interpôs o presente recurso especial, com fundamento em divergência jurisprudencial (fls. 196/202).

Insurgiu-se contra o acórdão proferido pelo órgão *a quo*, no que se deu provimento ao recurso voluntário para excluir da base de cálculo da Cofins os valores correspondentes a créditos de ICMS cedidos a terceiros.

Segundo a recorrente, a divergência refere-se ao reconhecimento da natureza de receita dos valores obtidos com a cessão de ICMS a terceiros.

Sustentou que a cessão de créditos de ICMS equipara-se à operação de alienação de direitos a título oneroso e origina receita tributável, devendo compor a base de cálculo da PIS/Cofins, com base no artigo 1º, §§1º e 2º, da Lei nº 10.637/2002.

Conforme a recorrente:

“Na cessão de créditos de ICMS, há também a alienação do crédito fiscal, porém de forma separada das mercadorias que originaram. Assim sendo, não há porque dispensar tratamento tributário diferenciado na hipótese do 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 crédito de ICMS a terceiros apenas restabelece o equilíbrio tributário na operação”.

Deu-se seguimento ao recurso especial da Fazenda Nacional, nos termos do despacho presente à fls. 208 dos autos.

O contribuinte apresentou contrarrazões (fls. 212/228).

É o relatório.

Voto

Conselheira Susy Gomes Hoffmann, Relatora

O presente recurso especial é tempestivo.

Quanto à divergência jurisprudencial, contudo, é de se concluir pela sua não caracterização.

A recorrente insurgiu-se contra a decisão proferida pelo órgão *a quo*, no que se entendeu pela não incidência da contribuição ao PIS e da Cofins sobre cessão de crédito de ICMS para terceiros. Para tanto, trouxe à tona, como acórdão paradigma, decisão assim ementada:

Assunto: Processo administrativo Fiscal Exercício: 2001, 2002, 2003, 2004 Ementa: PERÍCIA - DESNECESSIDADE - Deve ser indeferido o pedido de perícia, quando o exame de um técnico é desnecessário à solução da controvérsia, apenas circunscrita à matéria contábil e aos argumentos jurídicos ordinariamente compreendidos na esfera do saber do julgador. Ementa: PROVAS DOCUMENTAIS – PRECLUSÃO - A juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de qualquer das situações previstas no artigo 16, § 4º, do Decreto nº 70.235/72. Ementa: PROVAS TESTEMUNHAIS – DILIGÊNCIA – DESNECESSIDADE - Deve ser indeferido o pedido de diligências para a produção de provas testemunhais se não houver a identificação e a indicação da localização dos depoentes, bem assim a apresentação de justificativas razoáveis que fundamentem a oitiva. Ementa: CERCEAMENTO DE DEFESA - Não procede a alegação de cerceamento de defesa, se o recorrente demonstrar plena compreensão das infrações que lhe foram imputadas. Ementa: LANÇAMENTO DE OFÍCIO EM DUPLICIDADE - Não procede a alegação de que o Fisco, em processos distintos, efetuou lançamento de ofício em duplicidade, se restar comprovado que não há coincidência entre os respectivos fundamentos factuais trazidos aos autos. Ementa: AÇÃO JUDICIAL - LANÇAMENTO DE OFÍCIO - O artigo 63 da Lei nº 9.430, de 1996, com a redação conferida pela MP nº 2.158-35, de 2001, é cristalino ao estabelecer que o Fisco pode, e deve, promover o lançamento de ofício para evitar a caducidade de seu direito potestativo, ainda que o sujeito passivo esteja sob o amparo de medida liminar ou de tutela antecipada, desde que não haja proibição judicial ao ato administrativo em referência. Ementa: INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI – ARGÜIÇÃO - Se o Constituinte concedeu legitimação ao Chefe Supremo do Executivo Federal para a propositura de Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, não há amparo à tese de que as instâncias administrativas poderiam determinar o descumprimento de atos com força de lei, sob pena de esvaziar o conteúdo do art. 103, I, da Constituição da República. Ementa: AÇÃO JUDICIAL – CONCOMITÂNCIA - A opção pela discussão, em sede judicial, da matéria tributária objeto de lançamento de ofício implica renúncia às instâncias administrativas de julgamento, em razão da unidade da Jurisdição e da prevalência da coisa julgada. Ementa: EXIGÊNCIAS REFLEXAS - A decisão prolatada na apreciação do recurso relativo ao lançamento principal se reflete sobre aqueles que dele decorrem, pois o julgamento acerca da ocorrência dos fatos comuns às exigências não pode acarretar incoerência entre os julgados. Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Exercício: 2001, 2002, 2003, 2004. Ementa: DESPESAS. DEDUTIBILIDADE - São dedutíveis, exclusivamente, as despesas não computadas nos custos, necessárias, normais e usuais às atividades da pessoa

jurídica e à manutenção da respectiva fonte produtora. Ementa: PERDAS EM CESSÃO DE CRÉDITO – DEDUTIBILIDADE - As perdas apuradas na cessão de direitos de crédito, não restando dúvidas quanto ao valor ou à efetividade, são dedutíveis, na apuração da base de cálculo do IRPJ. Ementa: OMISSÃO DE RECEITAS NÃO OPERACIONAIS NO CÔMPUTO DO LUCRO LÍQUIDO - Não cabe o lançamento de ofício, para a exigência de IRPJ calculado sobre a receita obtida na cessão de créditos de ICMS, se restar comprovado que o recorrente a incluiu no resultado do referido negócio, utilizado na apuração do lucro real. Ementa: CÁLCULO DO IRPJ COM BASE EM ALÍQUOTAS DIFERENCIADAS POR ATIVIDADE EXPLORADA - Sob o império da Lei nº 9.249/95, o ordenamento jurídico repudia a aplicação de alíquotas diversificadas por atividade explorada, no cômputo do lucro real. Ementa: COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS - Por mera lógica, é impossível a compensação de prejuízos fiscais inexistentes, o que torna desnecessária a discussão em torno da legalidade ou da inconstitucionalidade do limite de trinta por cento, insculpido no artigo 15 da Lei nº 9.065/95. Ementa: ADICIONAL DE IRPJ - Na vigência da Lei nº 9.249/95, com as alterações da Lei nº 9.430/96, cabe a cobrança do adicional de imposto de renda, à alíquota de dez por cento, sobre a parcela do lucro real, presumido ou arbitrado que exceder o montante de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), multiplicado pelo número de meses do respectivo período de apuração. Assunto: Imposto sobre a Renda na Retida na Fonte – IRRF Exercícios: 2001, 2002, 2003, 2004 Ementa: PAGAMENTOS SEM CAUSA OU A BENEFICIÁRIOS NÃO IDENTIFICADOS - É devido o IRRF calculado com base em pagamentos sem causa ou a beneficiários não identificados. Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSSL Exercícios: 2001, 2002, 2003, 2004 Ementa: RECEITAS OBTIDAS NA CESSÃO DE CRÉDITOS DE ICMS GERADOS NA EXPORTAÇÃO – IMUNIDADE - Não há a proteção imunizante, prevista no artigo 149, § 2º, I, da Carta Magna, para as receitas obtidas na cessão de créditos de ICMS gerados na exportação. Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário. Exercícios: 2001, 2002, 2003, 2004 Ementa: MULTA ISOLADA - RECOLHIMENTO POR ESTIMATIVA - Encerrado o período de apuração, não procede a cominação de multa isolada sobre eventuais diferenças das estimativas não recolhidas no vencimento, ao longo do ano-calendário correspondente, pois, a partir de seu término, prevalece a exigência do tributo efetivamente devido, apurado na DIPJ apresentada tempestivamente. Ementa: MULTA. LANÇAMENTO DE OFÍCIO - ARGÜIÇÃO DE EFEITO CONFISCATÓRIO - A multa constitui penalidade aplicada como sanção de ato ilícito, não se revestindo das características de tributo, sendo inaplicável o conceito de confisco previsto no inciso V do artigo 150 da Constituição Federal. Ementa: MULTA DE 75% - Perfeita a aplicação da multa de 75%, consoante a infração praticada, tipicamente ajustável ao 44, I, da Lei nº 9.430/96, sem a imputação de conduta dolosa, conforme o relato dos autos. Ementa: MULTA DE 150%. DESPESAS CONTABILIZADAS EM

NOME DE PESSOAS JURÍDICAS INEXISTENTES. FALSIDADE DOCUMENTAL - Procede a aplicação da multa qualificada de 150%, tal o evidente intuito de fraude que se revela na utilização de documentos falsos para encobrir os reais beneficiários de despesas contabilizadas em nome de pessoas jurídicas inexistentes. Ementa: MULTA DE 150%. ENCOBRIMENTO DOS REAIS BENEFICIÁRIO DE DESPESAS CONTABILIZADAS - Procede a aplicação da multa qualificada de 150%, tal o evidente intuito de fraude que se revela na ocultação dos reais beneficiários de despesas contabilizadas, descobertos no curso da investigação. Ementa: JUROS DE MORA - TAXA SELIC - É indiscutível a legalidade da utilização da taxa SELIC no cálculo dos juros de mora que incidem sobre débitos tributários não pagos no vencimento, nos termos da legislação de regência. RV Parcialmente Provido e RO Não Conhecido. Publicado no D.O.U. nº 57, de 25/03/2008.

Com fundamento neste paradigma, a recorrente sustenta a natureza de receita advinda da cessão de crédito de ICMS, para fins de incidência da contribuição ao PIS e da Cofins.

Não se caracterizou, contudo, a divergência jurisprudencial argüida pela recorrente.

Com efeito, conforme se percebe, de plano, as situações fáticas versadas nos acórdãos comparados não apresentam qualquer semelhança. Pelo contrário, a decisão paradigma não trata sequer das contribuições debatidas nos presentes autos. Versa, sim, sobre IRPJ e CSLL.

Não se discutiu, desta forma, no bojo do acórdão paradigma, a incidência da contribuição ao PIS e da Cofins sobre o produto da transferência de crédito de ICMS. Não se discorreu sobre os respectivos fatos geradores, e tampouco se ateve, no acórdão recorrido, à aferição da natureza efetiva do resultado daquela operação.

Realmente, o acórdão paradigma, pré-conceitua, e assim designa como tal, tratar-se, o produto da transferência do crédito de ICMS, como receita. Não adentra, conforme se depreende do seu inteiro teor, à avaliação efetiva de tal natureza. Certamente que, se estivesse se discutindo, no âmbito da decisão paradigma, sobre a incidência daquelas contribuições, tal análise detida ocorreria.

Ora, se o acórdão paradigma não enfrenta a mesma questão jurídica tratada no acórdão recorrido, revela-se óbvio que a divergência jurisprudencial não se mostra presente.

Ademais, consoante demonstrou o contribuinte, em suas contrarrazões, a alegada divergência, com relação ao mesmo paradigma, já fora avaliada por mais de uma dezena de vezes por este tribunal administrativo, concluindo-se, invariavelmente, pela sua não caracterização. Segundo o contribuinte, de fato:

“(...) outros 19 recursos especiais de igual teor e com a indicação do mesmo acórdão paradigma foram apresentados nos processos administrativos que seguem, tendo sido negado seguimento, em todos eles, na parte relacionada às ‘Transferências de Saldo Credor do ICMS’, ao entendimento de que o Acórdão n. 103-22937 trata de matéria diversa daquela versada no acórdão recorrido. A Fazenda Nacional agravou de

tais decisões, as quais foram integralmente mantidas. Tais decisões foram proferidas nos seguintes processos administrativos cujos recursos (nas partes vinculadas a outras matérias) foram julgados na Sessão do dia 23 de agosto de 2010 (...).”

Ressalte-se, neste passo, que a divergência jurisprudencial, como requisito de admissibilidade do recurso especial, demanda, para a sua configuração, que entre as duas decisões recorridas se verifique a existência de diferentes soluções ou interpretações jurídicas sobre uma mesma matéria. É dizer, ambas as decisões cotejadas devem ter o mesmo objeto de julgamento, sob os mesmos pressupostos, com desfechos diferentes. Se assim não for, não há como se reconhecer a divergência de entendimentos. E é isto que ocorre no caso em tela. Não há divergência. Não há julgamento da mesma matéria nos julgados que se nos apresentam à aferição.

Diante do exposto, não conheço do recurso especial interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional.

Susy Gomes Hoffmann