



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

Processo nº 11080.002723/2007-00
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **3402-002.094 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 17 de junho de 2019
Assunto Auto de Infração PIS e COFINS
Recorrente PETROQUÍMICA TRIUNFO S A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, converter o julgamento do recurso em diligência, nos termos do voto do relator.

(assinado digitalmente)

Waldir Navarro Bezerra - Presidente.

(assinado digitalmente)

Rodrigo Mineiro Fernandes - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os seguintes Conselheiros: Rodrigo Mineiro Fernandes, Diego Diniz Ribeiro, Maria Aparecida Martins de Paula, Maysa de Sá Pittondo Deligne, Cynthia Elena de Campos, Thais de Laurentiis Galkowicz, Pedro Sousa Bispo, Waldir Navarro Bezerra (Presidente).

Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da DRJ Porto Alegre, com acréscimos posteriores:

Trata o presente processo sobre Auto de Infração lavrado contra o contribuinte em epígrafe, relativo à COFINS apurada pelos regimes cumulativo e da não-cumulatividade, por falta/insuficiência de recolhimento da contribuição, lavrado no dia 19 de junho de 2007 (ciência em 28 de junho de 2007). Em anexo ao Auto de Infração estão os demonstrativos de apuração, multa e juros, além dos demonstrativos de glosas e créditos da contribuição, apurados nos mercados interno e externo.

Conforme as descrições dos fatos, no decorrer da ação fiscal foi constatado que a fiscalizada havia efetuado 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, sendo que a Empresa não ofereceu à tributação as receitas decorrentes dessas cessões de créditos do ICMS. Ressaltou a Fiscalização que tais valores devem compor a base de cálculo das referidas contribuições mesmo que não transitem por conta resultado, sendo irrelevante, para fins de apuração do faturamento, a denominação ou classificação contábil das receitas auferidas.

A fiscalização afirma, também, que foi verificado o lançamento de créditos a maior na Dacon do 4º trimestre de 2004 na parte relativa ao mês de outubro de 2004, sendo que o contribuinte, em resposta ao termo de Solicitação de Esclarecimentos 002, limitou-se a apresentar demonstrativo de cálculo com o valor aplicado pela fiscalização na lavratura do auto de infração.

Cientificada do Lançamento, a interessada apresentou impugnação tempestiva, em 12/07/2007, onde aponta os fundamentos fáticos e jurídicos sob os quais lastreia sua inconformidade, resumidos nos seguintes pontos:

-Haveria preliminar de coisa julgada pois entende que a exigência da contribuição sobre outras receitas diferentes da receita bruta teria sido afastada no período de maio de 2003 até janeiro de 2004 por decisão do STF, proferida no Agravo de Instrumento nº 542.2240, da qual juntou cópia.

-No mérito, argumenta que as operações de cessão de créditos de ICMS em suas transações com a Cia. Petroquímica Copesul e com a distribuidora de energia elétrica Tractebel não representam receitas, inexistindo base jurídica para se afirmar que as cessões desses créditos para a mesma finalidade por outros contribuintes se transformarão em receitas da empresa (cessionária).

-Ainda quanto ao mérito, alega os seguintes erros materiais e contradições no trabalho de Auditoria Fiscal:

a) Lançamento de COFINS em janeiro de 2005: o demonstrativo fiscal teria tomado uma base de cálculo de R\$ 2.400.000,00 e valor de contribuição de R\$ 182.400,00. Ocorre que, pela documentação acostada, embora tenha sido emitida inicialmente uma Nota Fiscal de transferência de crédito no valor mencionado, houve retificação posterior, sendo que o valor efetivo da operação foi de R\$ 1.200.000,00, gerando COFINS de R\$ 91.200,00. Junta documentos na peça contestatória.

b) Informa que atesta a diferença apontada pela fiscalização e que inclusive já teria elaborado DACON retificadora do valor de créditos informado a maior em Outubro de 2004. Contudo, alega que tal valor não poderia ser exigido pois em nenhum momento teria sido compensado com outros tributos ou ressarcido e sequer utilizado indevidamente na forma de abatimento em operações normais. Comenta que se for derrubada a exigência da contribuição sobre as transferências de ICMS, seus créditos acumulados seriam suficientes para cobrir o débito estornado neste mês de Outubro de 2004.

Ante o conflito surgido, acima resumido, e pelos elementos constantes do processo, o processo foi encaminhado em diligência, nos termos dos arts. 18 e 29 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972 (PAF), para a autoridade preparadora se pronunciar e efetuar eventuais correções, especialmente no tocante aos itens “a)” e “b)” acima descritos.

Efetuada a diligência, a conclusão foi de que realmente ocorreu um equívoco na determinação da base de cálculo do lançamento da Cofins no mês de janeiro de 2005. O contribuinte comprovou com documentação idônea que o correto valor da operação é R\$ 1.200.000,00 e não R\$ 2.400.000,00 como havia sido lançado. Com a correção destes valores o contribuinte passa a dispor de um crédito adicional de R\$ 91.200,00 desde o mês de janeiro de 2005, sendo que este crédito foi sendo transportado para os meses seguintes até ser utilizado para abater a própria contribuição no mês de março de 2005 reduzindo assim o valor lançado no montante de R\$ 91.200,00.

Quanto à segunda alegação do contribuinte, item “b)” acima, esclareceu a fiscalização que não houve qualquer prejuízo ao contribuinte uma vez que foram utilizados durante a auditoria fiscal os valores extraídos da DACON apresentada em 28/01/2005 (fls 110 e 111). Desta forma, para fins de cálculos utilizaram-se os valores dos créditos originalmente apurados pelo contribuinte efetuando-se apenas a glosa do valor não comprovado dos créditos, portanto inexistindo qualquer prejuízo em relação a este item.

Conclui então pela correção do valor lançado no mês de março de 2005 de R\$ 219.359,33 para R\$ 128.159,33.

Após ciência do relatório de retorno de diligência a autuada novamente se manifestou, concordando com a retificação do lançamento no mês de janeiro de 2005, que resultou na redução do valor do crédito tributário em R\$ 91.200,00 referente ao mês de março de 2005. Entretanto, reclama que a fiscalização teria deixado de se manifestar sobre uma “fração da impugnação” em que foi alegada a não tributação da operação de transferência de crédito de ICMS. Quanto à outra conclusão apontada no relatório da diligência, afirmando que não lhe causou prejuízos a exigência de valor declarado em DACON, argumenta que se trataria de um “paradoxo”, pois concomitante a essa afirmação ocorreu a lavra da autuação e a exigência de parcela de COFINS caracterizando a operação como débito não oferecido à tributação e cominando uma sanção de 75% como de receita omitida.

A 2ª Turma da DRJ Porto Alegre, por meio do Acórdão 10-38.267 (fls. 344 a 350), sessão de 27 de abril de 2012, julgou parcialmente procedente a Impugnação, para cancelar o lançamento referente aos períodos de apuração maio de 2003 a janeiro de 2004, tendo em vista ação judicial transitada em julgado impetrada pela empresa, e para cancelar parcialmente o lançamento referente ao período de março de 2005, em face de erro constatado na diligência fiscal. O referido acórdão recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/05/2003 a 31/10/2005

AÇÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO. EFEITOS. REGIME DA CUMULATIVIDADE.

A ação judicial transitada em julgado faz lei entre as partes devendo ser aplicada.

CESSÃO DE ICMS. INCIDÊNCIA DE PIS/PASEP E COFINS. SISTEMÁTICA DA NÃO-CUMULATIVIDADE

A cessão de direitos de ICMS compõe a receita do contribuinte, sendo base de cálculo para o PIS/PASEP e a COFINS até a edição dos arts. 7º, 8º e 9º da Medida Provisória 451, de 15 de dezembro de 2008.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Regularmente cientificada, o contribuinte apresentou seu Recurso Voluntário, alegando a **descaracterização como receita da cessão de crédito de ICMS, e sua não inclusão base de cálculo do PIS e da COFINS.**

O processo foi encaminhado a este Conselho para julgamento e posteriormente distribuído a este Relator.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rodrigo Mineiro Fernandes, Relator.

Ao examinar os argumentos trazidos pela Recorrente, em cotejo com as alegações da Autoridade Fiscal, entendo necessária a conversão do julgamento em diligência com vistas a aclarar a situação que passo a descrever.

A questão devolvida a este colegiado cinge-se sobre a inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS dos valores decorrentes de cessões de crédito de ICMS. Trata-se de uma empresa que auferir receitas sobre vendas no mercado interno e externo.

A questão acerca da incidência de PIS e COFINS na cessão de créditos de ICMS de empresa exportadora foi objeto de julgamento no STF submetido à sistemática da repercussão geral, no RE 606.107, cuja ementa transcrevo parcialmente:

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 supralegal máxima efetividade.

(...)

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.** (g. n.)*

Do excerto supra, constata-se que a decisão do STF se restringe ao saldo dos créditos de ICMS apurados nas aquisições de insumos aplicados em produtos exportados imunes, créditos esses passíveis de transferência a terceiros sem incidência da COFINS e do PIS somente após a efetiva exportação do produto fabricado.

Dessa forma, torna-se imprescindível que a unidade de origem identifique, dentro do montante adicionado relativo à cessão de créditos de ICMS, qual a parcela se refere a aquisições de insumos aplicados em produtos exportados, e se tais produtos foram efetivamente exportados.

Diante disso, converto o julgamento do recurso voluntário em diligência à repartição de origem para que a autoridade preparadora:

(i) identifique, dentro do montante adicionado relativo à cessão de créditos de ICMS, qual a parcela se refere a aquisições de insumos aplicados em produtos exportados;

(ii) certifique que tais produtos foram efetivamente exportados;

(iii) elabore um novo parecer e um novo demonstrativo do direito creditório requerido, com as considerações efetuadas a partir da nova interpretação acerca da não incidência de PIS e COFINS na cessão de créditos de ICMS de empresa exportadora, conforme decisão do STF no RE 606.107.

Encerrada a instrução processual a Interessada deverá ser intimada para manifestar-se no prazo de 30 (trinta) dias, conforme art. 35, parágrafo único, do Decreto nº 7.574, de 29 de setembro de 2011.

Concluída a diligência, os autos deverão retornar a este Colegiado para que se dê prosseguimento ao julgamento.

É a resolução.

(assinado com certificado digital)

Rodrigo Mineiro Fernandes