



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

Processo n° 11080.003252/2005-87
Recurso n° Especial do Contribuinte
Acórdão n° 9303-008.025 – 3ª Turma
Sessão de 19 de fevereiro de 2019
Matéria COFINS. COMPENSAÇÃO
Recorrente ALIBEM COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/03/2005

COFINS. NÃO-CUMULATIVO. BASE DE CÁLCULO. TRANSFERÊNCIA DE ICMS A TERCEIROS. NÃO INCLUSÃO.

Não devem ser incluídas as receitas decorrentes da cessão onerosa de créditos de ICMS a terceiros, acumulados em razão das operações de exportação, na base de cálculo da COFINS não-cumulativa.

TRIBUNAIS SUPERIORES. REPERCUSSÃO GERAL. NECESSIDADE DE REPRODUÇÃO DAS DECISÕES PELO CARF.

Nos termos do art. 62, §1º, inciso II, alínea "b" e §2º, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015, os membros do Conselho devem observar as decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento realizado nos termos dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, na forma disciplinada pela Administração Tributária.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, em dar-lhe provimento.

(assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas - Presidente em Exercício

(assinado digitalmente)

Vanessa Marini Cecconello - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Andrada Márcio Canuto Natal, Tatiana Midori Migiyama, Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Demes Brito, Jorge Olmiro Lock Freire, Érika Costa Camargos Autran, Vanessa Marini Cecconello e Rodrigo da Costa Pôssas.

Relatório

Trata-se de recurso especial de divergência interposto pela Contribuinte ALIBEM COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA. com fulcro no art. 67 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 256/2009, buscando a reforma do Acórdão nº 3202-000.532, proferido pela 2ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da Terceira Seção de Julgamento, em 18/07/2012, no sentido de negar provimento ao recurso voluntário, com ementa nos seguintes termos:

ASSUNTO: PIS/COFINS

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/03/2005

BASE DE CÁLCULO. CRÉDITO PRESUMIDO DE ICMS. INCIDÊNCIA. Na sistemática não cumulativa, os créditos presumidos de ICMS integram a base de cálculo das contribuições para o PIS e a Cofins.

CESSÃO/TRANSFERÊNCIA DE CRÉDITO DE ICMS PARA TERCEIROS. BASE DE CÁLCULO. INCIDÊNCIA.

Na sistemática não cumulativa, a cessão de créditos de ICMS integra a base de cálculo das contribuições para o PIS e a Cofins.

COMPENSAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO PRESUMIDO DAS ATIVIDADES AGROINDUSTRIAIS.

O crédito presumido concedido, por força do disposto no artigo 8º da Lei nº 10.925, de 23 de julho de 2004 (com a redação dada pela Lei 11.051/2004), às pessoas jurídicas que produzem mercadorias de origem animal ou vegetal, nos códigos tarifários em que cita, destinada à alimentação humana ou animal, somente podem ser deduzidas da contribuição do PIS e da COFINS devidas em cada período de apuração.

ALÍQUOTA UTILIZADA PARA O CÁLCULO DO CRÉDITO PRESUMIDO DAS ATIVIDADES AGROINDUSTRIAIS.

A alíquota a ser aplicada no cálculo do crédito presumido, para as aquisições de suínos e aves vivos (Capítulo 1 da NCM/SH) e de milho (Capítulos 10 da NCM/SH), prevista no parágrafo 3º do artigo 8º da Lei 10.925/2004, é de 35%.

Recurso Voluntário Negado.

No julgamento do recurso voluntário, o Colegiado *a quo* decidiu pela inclusão, na base de cálculo da COFINS, dos valores decorrentes do crédito presumido de ICMS e daqueles originados da transferência de crédito de ICMS a terceiros. Além disso, negou-se provimento quanto à possibilidade de compensação do crédito presumido das atividades agroindustriais, bem como ao recurso em relação à alíquota de 60% (sessenta por cento) para cálculo do crédito presumido das agroindústrias, determinando a aplicação da alíquota de 35%.

Não resignada, a Contribuinte apresentou recurso especial insurgindo-se quanto às quatro matérias discutidas no processo administrativo: (i) não inclusão das receitas decorrentes do crédito presumido de ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS; (ii) não inclusão das receitas decorrentes da transferência de créditos de ICMS a terceiros na base de cálculo do PIS e da COFINS; (iii) compensação indevida de crédito presumido das atividades agroindustriais; e (iv) alíquota utilizada para o cálculo do crédito presumido das atividades agroindustriais. Para comprovar o dissenso interpretativo, apresentou paradigmas para cada um dos temas, quais sejam: (i) 3201-000.754; (ii) 3201-000.844; (iii) 9303-00.159; e (iv) 3301-00.980, respectivamente.

Ocorre que, em 31/01/2014, a empresa Alibem Comercial de Alimentos protocolou petição de desistência parcial do presente processo administrativo, em razão da inclusão de parte dos débitos no programa de parcelamento especial instituído pela Lei n.º 11.041/09 - REFIS, reaberto pela Lei n.º 12.865/13. Portanto, abriu mão da discussão administrativa com relação às glosas referentes à possibilidade de ressarcimento de crédito presumido agroindustrial e ao cálculo do crédito presumido agroindustrial.

Remanesceu, assim, o litígio quanto às glosas de **inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS dos valores relativos ao crédito presumido de ICMS e à cessão onerosa de créditos de ICMS a terceiros**, por entender que devem ser revertidas.

Nessa esteira, procedeu-se à análise da admissibilidade do recurso especial da Contribuinte com relação a esses dois pontos: (i) inclusão, na base de cálculo da contribuição para o PIS/PASEP e da Cofins, do crédito presumido de ICMS; e (ii) inclusão, na base de cálculo da contribuição para o PIS/PASEP e da Cofins, dos valores auferidos a título de cessão de crédito presumidos de ICMS a terceiros.

Consoante despacho de admissibilidade s/nº, de 28 de julho de 2015 (e-fls. 357 a 362), o recurso especial da Contribuinte foi conhecido apenas em parte, com relação à matéria relativa à **inclusão, na base de cálculo do Pis/Cofins, dos valores correspondentes à cessão de créditos presumidos de ICMS a terceiros**. Com relação ao tema da inclusão/exclusão do crédito presumido de ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS,

considerou o Ilustre Presidente da 2ª Câmara da Terceira Seção que não houve a comprovação da divergência jurisprudencial, pois o acórdão indicado como paradigma trata de matéria diversa, qual seja a inclusão na base de cálculo da Cofins dos valores auferidos em decorrência das cessões de crédito presumido de ICMS a terceiros.

O prosseguimento parcial do recurso especial da Contribuinte foi confirmado em sede de despacho de reexame de admissibilidade (e-fls. 363 a 364), proferido pelo Ilustre Presidente da Câmara Superior de Recursos Fiscais.

Nesse seguir, tem-se que com relação à divergência que teve prosseguimento no recurso especial, nas razões recursais, a Contribuinte aduz, em síntese, que: (a) o saldo credor de ICMS acumulado em razão da regra que isenta as operações de exportação do ICMS, tem natureza contábil de "tributo recuperável" que, no balanço, está classificado em uma conta do ativo da empresa; (b) a transferência do referido saldo para pagamento de fornecedores e terceiros não caracteriza o auferimento de uma receita, pois ocorre tão somente a alteração da classificação da conta do ativo, de "tributo recuperável" para "caixa". Além disso, o valor transferido de ICMS é abatido do saldo da conta "saldo a pagar fornecedores", representando uma redução de dívida; (c) a operação de transferência do saldo credor de ICMS não incorpora nenhum novo valor ao patrimônio da Recorrente, o qual permanece quantitativamente inalterado, operando-se apenas uma alteração qualitativa das contas do patrimônio; e (d) por fim, entende que não há amparo legal para a tributação de PIS e COFINS sobre os valores decorrentes da transferência de créditos de ICMS a terceiros, e o seu não oferecimento à tributação não caracteriza evasão fiscal, e também não pode ensejar a glosa dos ressarcimentos de PIS e COFINS objeto dos pedidos formulados perante a Autoridade Fiscal.

A Fazenda Nacional foi devidamente cientificada da interposição do recurso especial da Contribuinte e do seu prosseguimento somente quanto à inclusão, na base de cálculo do PIS/COFINS, dos valores correspondentes à cessão de créditos presumidos de ICMS a terceiros, e peticionou informando que não haverá apresentação de contrarrazões (e-fl. 366).

O presente processo foi distribuído a essa Relatora por meio de sorteio regularmente realizado, estando apto o feito a ser relatado e submetido à análise desta Colenda 3ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais - 3ª Seção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Vanessa Marini Cecconello, Relatora

Admissibilidade

O recurso especial de divergência interposto pela Contribuinte atende aos pressupostos de admissibilidade constantes no art. 67 do Regimento Interno do Conselho

Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015, devendo, portanto, ter prosseguimento.

Mérito

No mérito, cinge-se a controvérsia à análise da possibilidade de inclusão das receitas decorrentes da cessão de créditos de ICMS a terceiros na base de cálculo do PIS e da COFINS não-cumulativos.

A Recorrente insurge-se, portanto, com relação à não inclusão das receitas decorrentes da cessão onerosa de créditos de ICMS a terceiros, acumulados em razão das operações de exportação, na base de cálculo da COFINS.

A matéria restou decidida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Recurso Extraordinário nº 606.107/RS, pela sistemática da repercussão geral, consoante art. 543-B da Lei nº 5.869/1973 - Código de Processo Civil vigente à época do julgado, declarando a inconstitucionalidade da inclusão, na base de cálculo das contribuições para o PIS e a COFINS não-cumulativos, dos valores de créditos de ICMS oriundos de exportação cedidos onerosamente a terceiros. O acórdão de relatoria da Ministra Rosa Weber recebeu a seguinte ementa:

EMENTA 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. II - A interpretação dos conceitos utilizados pela Carta da República para outorgar competências impositivas (entre os 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. 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. (RE 606107, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-231 DIVULG 22-11-2013 **PUBLIC 25-11-2013**)*

(grifou-se)

Nos termos do art. 62, §2º do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria nº 343, de 09/06/2015, as decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral devem ser reproduzidas pelos Conselheiros no julgamento dos recurso no âmbito do CARF, *in verbis*:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

§ 1º O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Redação dada pela Portaria MF nº 39, de 2016)

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 103-A da Constituição Federal;

b) Decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento realizado nos termos dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, na forma disciplinada pela Administração Tributária; (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)

c) Dispensa legal de constituição ou Ato Declaratório da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda, nos termos dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

d) Parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, nos termos dos arts. 40 e 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; e

e) Súmula da Advocacia-Geral da União, nos termos do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993. (Redação dada pela Portaria MF nº 39, de 2016)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)

(grifou-se)

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso especial da Contribuinte.

É o Voto.

(assinado digitalmente)

Vanessa Marini Cecconello