



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

Processo nº 11080.004411/2007-22
Recurso nº 507.897 Voluntário
Acórdão nº **3401-01.152 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 10 de dezembro de 2010
Matéria COFINS NÃO-CUMULATIVA. CESSÃO DE CRÉDITOS DO ICMS. AQUISIÇÕES DE EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL. EXPORTAÇÃO NÃO COMPROVADA. DEPRECIAÇÃO DE PARQUE INDUSTRIAL USADO. RECOLHIMENTO EM IMPORTAÇÃO REALIZADA POR TERCEIRO. SELIC.
Recorrente ECS DO BRASIL METAL E PARTICIPAÇÕES LTDA
Recorrida DRJ PORTO ALEGRE-RS

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/06/2004 a 31/12/2004

ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE. MATÉRIA DE COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO JUDICIÁRIO. SÚMULA CARF Nº 2.

Nos termos da Súmula CARF nº 2, de 2009, este Conselho Administrativo não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/06/2004 a 31/12/2004

REGIME NÃO-CUMULATIVO. BASE DE CÁLCULO. CRÉDITOS DE ICMS TRANSFERIDO. NÃO INCLUSÃO.

Não compõe o faturamento ou receita bruta, para fins de tributação da Cofins e do PIS, o valor do crédito de ICMS transferido a terceiros, cuja natureza jurídica é a de crédito escritural do imposto Estadual. Apenas a parcela correspondente ao ágio integrará a base de cálculo das duas Contribuições, caso o valor do crédito seja transferido por valor superior ao saldo escritural.

NÃO-CUMULATIVIDADE. DISPÊNDIOS COM MANUTENÇÃO DE SOFTWARE E EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL. CRÉDITO IMPOSSIBILITADO.

No regime da não-cumulatividade do PIS e Cofins, a manutenção de software e a aquisição de equipamentos de proteção individual não dão direito a créditos, por constituírem dispêndios não associados a determinado serviço ou bem produzido pela empresa.

SALDO CREDOR COM ORIGEM EM CUSTOS VINCULADOS À RECEITA DE EXPORTAÇÃO. VENDAS AO EXTERIOR NÃO COMPROVADAS. RESSARCIMENTO IMPOSSIBILITADO.

Não comprovadas vendas ao exterior com base na qual foi pleiteado ressarcimento de saldo credor do PIS e Cofins com origem em custos, despesas e encargos vinculados à exportação, o pedido é indeferido.

INCIDÊNCIA NÃO-CUMULATIVA. AQUISIÇÃO DE IMOBILIZADO USADO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO A CRÉDITO.

Aquisição do parque industrial usado de outra empresa, mesmo que ainda não totalmente depreciado, não dá direito ao crédito decorrente da depreciação porque venda do imobilizado não integra a base de cálculo da Contribuição e somente os bens ou serviços sujeitos ao pagamento do PIS e da Cofins geram créditos.

PAGAMENTO NA IMPORTAÇÃO. APROVEITAMENTO POR TERCEIRO. IMPOSSIBILIDADE.

Pagamento do PIS e Cofins realizado na importação não pode ser aproveitado por terceiro, ainda que este tenha adquirido o parque industrial da importadora.

RESSARCIMENTO. REGIME NÃO-CUMULATIVO. JUROS SELIC. INAPLICABILIDADE.

Ao ressarcimento não se aplicam os juros Selic, inconfundível que é com a restituição ou compensação, sendo que no caso do PIS e COFINS não-cumulativos os arts. 13 e 15, VI da Lei nº 10.833/2003 vedam expressamente tal aplicação

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Terceira Seção de Julgamento, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do relator. Vencidos os Conselheiros Odassi Guerzoni Filho e Gilson Macedo Rosenberg Filho, quanto à cessão onerosa de créditos do ICMS.

(assinado digitalmente)
Gilson Macedo Rosenberg Filho - Presidente

(assinado digitalmente)
Emanuel Carlos Dantas de Assis - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Gilson Macedo Rosenberg Filho, Emanuel Carlos Dantas de Assis, Rodrigo Pereira de Mello (Suplente), Odassi Gerzoni Filho e Fernando Marques Cleto Duarte e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.

Relatório

Assinado digitalmente em 28/01/2011 por GILSON MACEDO ROSENBURG FILHO, 27/01/2011 por EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS

Autenticado digitalmente em 27/01/2011 por EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS

Emitido em 31/01/2011 pelo Ministério da Fazenda

Trata-se de recurso voluntário contra acórdão da 2ª Turma da DRJ em pedido de ressarcimento de saldo credor da Cofins não-cumulativa.

A contribuinte discorda de cinco glosas:

- tributação dos valores das transferências a terceiros de créditos do ICMS oriundos de exportação, alegando que não se enquadram no conceito de receita e seriam mero ingresso, caracterizado como cuperação de custos, mencionando em seu favor a Medida Provisória nº 451, de 15/12/2008 (convertida na Lei nº 11.945, de 04/06/2009, cujos arts. 16 e 17 modificam, com efeitos a partir de janeiro de 2009, as Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003, de modo a excluir da base de cálculo do PIS Faturamento as receitas decorrentes de transferência onerosa a outros contribuintes 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);

- créditos decorrentes de despesas referentes à manutenção de software e aquisição de material de segurança e prevenção (Equipamentos de Proteção Individual-EPI), que não foram caracterizadas pela DRJ como insumos, dentro da sistemática de apuração de créditos pela não-cumulatividade de Pis e Cofins, por não serem aplicados diretamente na prestação de serviços ou na produção ou fabricação de produtos destinados à venda. Para a Recorrente, a restrição aos créditos em questão fere os princípios da isonomia, da não-cumulatividade, da razoabilidade e da proporcionalidade. Argúi que as despesas em tela se subsumem ao conceito insumos utilizados no processo produtivo, pois são essenciais para a atividade, sendo que em relação aos Equipamentos de Proteção Individual-EPI transcreve as Soluções de Consulta nºs 359, de 26/11/2004, da 9ª Região Fiscal, e 40, de 19/07/2004, da 5ª Região);

- créditos declarados pela contribuinte nos meses de junho e julho de 2004, período no qual a empresa não comprovou ter realizado exportações, segundo a fiscalização. Na Manifestação de Inconformidade a contribuinte alega que adquiriu a empresa Morganite Brasil em junho de 2004 e emitiu notas fiscais em nome dessa incorporada, sem juntar, até então, documentação comprobatória. Junto com o Recurso Voluntário foram anexadas cópias do Contrato de Compra e Venda de Ativos no Brasil, celebrado entre a ECS e a Morganite do Brasil LTDA, de autorização firmada pela Secretaria da Fazenda Estadual do Rio Grande do Sul para que a ECS utilizasse documentos fiscais da empresa adquirida e as respectivas notas fiscais emitidas em nome da Morganite, relativas às operações realizadas pela Recorrente nos meses de junho e julho de 2004 (fls. 234/304);

- créditos oriundos da depreciação de máquinas, equipamentos e outros bens usados, incorporados ao ativo imobilizado da ECS após aquisição no mercado interno. A Recorrente informa que adquiriu todo o ativo da Morganite do Brasil LTDA e argúi que não se trata de bens usados, mas “novos em processo de depreciação”, refutando o emprego da IN SRF nº 457/2004, que veda o crédito na hipótese de bens usados (referência ao art. 1º, § 3º, II); e

- valores da Contribuição pagos nos meses de junho, julho e agosto, por importações realizadas pela empresa Morganite do Brasil LTDA. A fiscalização afirma que apesar a ECS ter adquirido o parque industrial da Morganite esta continuou efetuando importações em seu nome e recolheu o tributo em nome próprio, a Recorrente argumenta que adquiriu não apenas o parque industrial, mas sim a totalidade de direitos e a marca industrial da

Morganite, que no período de junho a agosto de 2004 há havia sido realizada a transferência de direitos e deveres e já possuía autorização da Secretaria da Fazenda Estadual do Rio Grande do Sul para fazer uso dos documentos fiscais da empresa adquirida.

A Recorrente também pleiteia a “correção monetária” dos créditos pela taxa SELIC, desde a data da sua constituição até o efetivo ressarcimento ou compensação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Relator Emanuel Carlos Dantas de Assis, Relator

O Recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos do Processo Administrativo Fiscal, pelo que cabe conhecê-lo, exceto no que argúi inconstitucionalidades.

Não deve ser conhecida a arguição de suposta os princípios como o da isonomia e o da não-cumulatividade, por constituir matéria que somente o Poder Judiciário é competente para julgar, consoante a Constituição Federal, arts. 97 e 102, I, “a”, III e §§ 1º e 2º deste último. Neste sentido, inclusive, a Súmula CARF nº 2, constante da consolidação realizada conforme a Portaria CARF nº 106, de 21/12/2009, segundo a qual “O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”.

Na parte conhecida, dos três temas em debate dois não constituem novidade neste Colegiado, pelo que repito interpretações adotadas em julgados anteriores sob a minha relatoria. Refiro-me à inclusão ou não do valor de cessão onerosa de créditos do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS não-cumulativos, onde mantenho entendimento pela não inclusão, ressaltando que na situação destes os autos o saldo credor é oriundo de exportação, e à aplicação da Selic sobre a parte deferida do ressarcimento, que julgo descabida.

O terceiro tema, que diz respeito aos insumos e créditos respectivos (ou não) na sistemática da não-cumulatividade do PIS e Cofins, envolve as despesas com manutenção de software e com aquisição de material de segurança e prevenção (Equipamentos de Proteção Individual-EPI). Como exposto mais adiante, considero que tais dispêndios não dão direito aos créditos pleiteados.

CESSÃO DE CRÉDITOS DO ICMS COM ORIGEM EM EXPORTAÇÕES: EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO

À luz do alargamento da base de cálculo promovido pelo art. 1º da Lei nº 10.637/2002 e art. 1º da Lei nº 10.833/2003,¹ a tributação (ou não) dos valores em tela enseja

¹ Os dois artigos possuem as seguintes redações, respectivamente:

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.

inúmeros debates, dando margem a três correntes: não incidência do PIS e da COFINS, exceto no que atinge a parcela correspondente ao ágio, quando for o caso; incidência sobre o valor recebido pela transferência, inconfundível que é o com montante do crédito cedido, de modo que a base de cálculo tributável será menor do que o crédito de ICMS negociado (quando houver deságio), igual (quando o valor cedido for idêntico ao pago pelo cessionário ao cedente) ou maior (quando houve ágio); e incidência sobre o montante transferido, independentemente de haver ágio ou deságio.

Entendo deva haver incidência tão-somente sobre o ágio, quando houver. Como na situação destes autos a glosa correspondente aos valores do crédito de ICMS transferidos e inexistente notícia de que teria havido ágio, cabe dar razão à Recorrente neste ponto.

Para mim, a controvérsia há de ser dirimida levando-se em conta a natureza jurídica do crédito cedido, que permanece sendo de saldo credor escritural de ICMS, cuja utilização é submetida a regras rígidas. À semelhança do que se dá com o Crédito Presumido do IPI ressarcido, que também não deve compor a base de cálculo do PIS e COFINS² - inclusive no regime da não-cumulatividade, onde a base de cálculo das duas Contribuições é a receita bruta a englobar outras receitas além das provenientes da venda de mercadorias e da prestação de serviços -, a natureza jurídica do crédito de ICMS determina o seu regime jurídico e, conseqüentemente, a caracterização como receita ou não, para fins da tributação analisada.

Como se sabe, institutos como decadência e prescrição, por exemplo, prendem-se a cada espécie jurídica delineada, de forma que uma caracterização ou classificação inadequada pode acarretar consequências em desacordo com as normas do ordenamento jurídico. Numa classificação do Direito, a maior utilidade está em permitir uma melhor compreensão do fenômeno jurídico. Se para um economista, por exemplo, o critério econômico pode ser o mais adequado e suficiente para uma classificação que pretenda averiguar em quanto um incentivo como o crédito presumido incrementou as exportações, para um operador ou cientista do Direito é diferente. No estudo dos fenômenos e institutos jurídicos, a classificação deve ser orientada pelas normas jurídicas, delas se extraindo a natureza jurídica do objeto investigado.

§ 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**.

Art. 1º A contribuição para o PIS/Pasep 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 para o PIS/Pasep é o valor do faturamento, conforme definido no **caput**.

² Neste sentido, dentre outros, os Recursos Voluntários nº 150288, sessão de 10/07/2009, Acórdão nº 3401-00.022, e 122667, sessão de 15/03/2005, Acórdão nº 203-10.047, ambos decididos por maioria sob a minha relatoria.

Na situação dos autos é indiscutível que o crédito em tela deve ser classificado como saldo credor escritural do ICMS, que define bem sua natureza jurídica e delimita o regime jurídico correspondente, a regular a forma e amplitude de utilização desse saldo, com obediência à Lei Complementar nº 87/96l e às diversas leis estaduais dispondo sobre o imposto.

Dispondo sobre o saldo credor do ICMS, a LC nº 87/96 estabelece o seguinte (negritos acrescentados):

Art. 25. Para efeito de aplicação do disposto no art. 24, os débitos e créditos devem ser apurados em cada estabelecimento, compensando-se os saldos credores e devedores entre os estabelecimentos do mesmo sujeito passivo localizados no Estado. (Redação dada pela LC nº 102/2000)

§ 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, permitir 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.

Como é cediço, os créditos de ICMS devem ser empregados, inicialmente, para reduzir os débitos, no âmbito da não-cumulatividade própria. Depois, remanescendo saldo credor este pode ser empregado nos termos em que a lei estadual dispuser, comportando inclusive o ressarcimento, em algumas hipóteses. Seja deduzido dos débitos, ressarcido ou transferido a terceiros, continua com a mesma natureza jurídica. Daí não parecer razoável que, a depender da forma de utilização desse crédito, seja ou não tributado pelo PIS e pela Cofins.

Sublinho considerar irrelevante a contabilização desse crédito, pois a circunstância de constar do ativo, antes de ressarcido ou transferido a terceiros, não tem qualquer importância para caracterizá-lo como integrante da receita bruta tributável pelos PIS e Cofins. Também não vejo relevância na posição assumida pelo adquirente: tanto faz que o cessionário seja um fornecedor do cedente ou uma terceira pessoa sem vínculo anterior.

O importante é que, desde a origem e independentemente da forma de utilização, trata-se de créditos do ICMS.

Por oportuno, informo que a Quarta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes já decidiu, à unanimidade, pela exclusão dos créditos de ICMS transferidos, quando decorrentes de exportação. Refiro-me ao Recurso nº 148.095, Acórdão nº 204-03.395, sessão de 03/09/2008, relatora a ilustre Conselheira Nayra Bastos Manatta.

Destacando que aquele julgado possui fundamentação diferenciada deste, já que lá é dado relevo à circunstância de se tratar de créditos oriundos de exportação, enquanto neste consideraria tal origem sem importância (se a lei estadual autorizar a transferência escorada no inc. II do § 2º do art. 25 da LC nº 87/96, que não se restringe a créditos da exportação, parece-me também não deva haver incidência do PIS e Cofins, assim como se dá quando a lei estadual se ampara no inc. II do § 1º do mesmo artigo, que se refere respectivamente às operações de exportação), em reforço à interpretação acima explanada reproduzo parte do voto da douta Conselheira Nayra Bastos Manatta no Acórdão nº 204-03.395, que vai de encontro à minha argumentação:

Nesta questão adoto o entendimento do Conselheiro Jorge Freire esposado no Recurso Voluntário nº 137.860 que a seguir transcrevo:

‘Exsurge do relatado que a matéria posta ao conhecimento deste Colegiado cinge-se à incidência ou não da COFINS e do PIS sobre a cessão de saldo credor de ICMS oriundo de exportações e se sobre o valor ressarcível daquelas contribuições aplica-se ou não atualização monetária e/ou juros de mora.

A origem do saldo credor do ICMS sob análise decorre da norma constitucional que determina a não incidência deste sobre as operações que destinem mercadorias para o exterior (CF, art 155, § 2º, X e LC 87/96, art 3º, II). O contribuinte, ao adquirir insumos, se credita daquele imposto (CF, art. 155, D, mas não pode aproveitá-lo no todo uma vez que destina sua produção ao exterior, acumulando, dessa forma, saldo credor. De outro turno, a Lei Complementar 87/97, em seu artigo 25, 1º, II, permite que os saldos credores acumulados possam ser transferidos a outros contribuintes do mesmo estado, mediante a emissão pela autoridade competente de documento que reconheça o crédito.

Assim, a questão que se põe é identificarmos se essa transferência do saldo credor do ICMS se reveste da natureza jurídica de receita, pois só assim há falar-se em incidência da COFINS e do PIS. Afigure-se que não se está a discutir a legitimidade (decorrente de exportações efetivas) dos créditos ou sua liquidez e certeza, mas sim sua natureza jurídica.

O decisor vergastado entende que "a operação de transferência dos créditos do ICMS configura uma espécie de alienação, ou melhor dizendo, uma cessão de créditos em que a pessoa jurídica vendedora toma o lugar do cedente; o adquirente, o do cessionário e a unidade da Federação, o do cedido", concluindo que "o negócio jurídico ora analisado não se enquadra em nenhuma das exclusões da base de cálculo da contribuição ...previstas na legislação.'

De outra banda, a recorrente, adentrando na seara contábil, esposa entendimento que não podendo o valor do imposto recuperável (no caso, a cessão do crédito de ICMS) ser contabilizado como custo (referindo-se ao parágrafo único do art. 289 do regulamento do imposto de renda), "a não inclusão representa redução do custo real de aquisição de mercadorias ou matérias primas que se transforma, contabilmente, em um direito recuperável, cuja realização, seja para compensar débitos próprios do mesmo tributo ou através de transferências a filiais ou a terceiros para quitar débitos do mesmo tributo (ICMS), deve ser considerada como decorrente de uma recuperação da parcela não incluída no custo das mercadorias ou insumos adquiridos".

A natureza do crédito cedido é importante para o deslinde da lide. Na origem, o crédito do ICMS é um incentivo fiscal concedido pelo legislador constituinte e complementar no sentido de não incluí-lo no 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. Ou seja, o legislador, afrontando a sistemática da não-cumulatividade, permite a utilização de um crédito mesmo que não haja débito a ser compensado, uma vez que a saída para o exterior é imune, não havendo o que compensar.

Contudo, e mesmo por isso, se houver débito desse imposto, a utilização desse crédito incentivado deverá, primeiramente, ser compensado com aquele. Mas há outras formas de aproveitamento, caso ainda reste saldo credor, como será sempre o caso de empresas preponderantemente exportadoras. Ao menos na legislação do ICMS no RS, sucessivamente, o saldo credor, poderá ser transferido para outro estabelecimento seu dentro do Estado do Rio Grande do Sul ou para outro contribuinte, dentro do Estado. Também, sendo impossível seu aproveitamento nas formas anteriores, poderá ser utilizado para pagar aquisições de matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem, bem como máquinas e equipamentos. E, por fim, transferi-lo para terceiros, contribuintes de ICMS, no Estado do Rio Grande do Sul, para que os adquirentes do crédito o utilizem para extinguir, pela forma de compensação seus débitos do tributo.

Esse crédito não se reveste da natureza de receita. Até porque não se pode cindilo para concluir que uma forma de aproveitamento gera acréscimo patrimonial e outra não. Se o crédito fosse transferido a uma filial da mesma empresa poderíamos falar em acréscimo patrimonial? Ou só há falar-se em acréscimo patrimonial quando há cessão do crédito a terceiro? A sua natureza é uma só, incindível.

Em face de tal, entendo que não se pode fazer uma leitura linear de que, aos olhos da norma impositiva, todo ingresso que represente acréscimo patrimonial ocorrido nas contas de receita da empresa constitui-se em base de cálculo da Cofins. Até

porque, desta forma, estaríamos pautando a natureza jurídica dos aportes financeiros em função de sua escrituração contábil, e aí adentraríamos no caminho da imprecisão, quando estaríamos a discutir se o valor do crédito deveria ser escriturado como receita patrimonial ou como conta redutora do custo dos produtos exportados que deram à luz ao valor incentivado.

A Lei nº 9.718/98, ao alargar sua incidência sobre "receitas auferidas" pelo sujeito passivo, tomou impreciso o delineamento do núcleo material da hipótese de incidência. Justamente por isso, entendo que o rol das exclusões da base de cálculo listados no inciso I do § 2º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, não é *numerus clausus*.

O que não se pode conceber é que a norma crie formas de aproveitamento de crédito oriundo da exportação de mercadorias, imunes de qualquer tributação, e, ao mesmo tempo, tribute o valor aportado por meio desse crédito somente quando ele for cedido a terceiros.

Nesse sentido, decisão do TRF 4 quando julgamento do Mandado de Segurança nº 2005.71.08.001336-5/RS I, que restou ementado nos seguintes termos:

‘TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. CRÉDITO DE ICMS. IMUNIDADE. BITRIBUTAÇÃO.

O posicionamento adotado pelo Fisco ofende a regra constitucional de imunidade. 2. O ICMS de que trata a Fazenda já serviu de base de cálculo para apuração do PIS e COFINS a ser recolhido pelo fornecedor de insumos, portanto, pretender considerá-lo novamente é medida repudiada pelo sistema tributário’.

MANUTENÇÃO DE SOFTWARE E AQUISIÇÃO DE EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL (EPI): INEXISTÊNCIA DE DIREITO A CRÉDITO

Admitindo a polêmica que os créditos da não-cumulatividade do PIS e Cofins encerra, considero que na situação em tela o art. 3º, II, tanto da Lei nº 10.637/2002 (para o PIS) quanto da Lei nº 10.833/2003 (para a Cofins) não alberga o direito da Recorrente. Na redação dada pela Lei nº 10.865/2004, os dois dispositivos legais informam (*verbis*):

Art. 3º Do valor apurado na forma do art. 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a:

(...)

II - bens e serviços, utilizados como insumo na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda, inclusive combustíveis e lubrificantes, exceto em relação ao pagamento de que trata o art. 2º da Lei nº 10.485, de 3 de julho de 2002, devido pelo fabricante ou importador, ao

concessionário, pela intermediação ou entrega dos veículos classificados nas posições 87.03 e 87.04 da Tipi;

Por inexistir um dispositivo específico tratando dos valores em questão (o que ocorre, por exemplo, em relação às despesas com energia, aluguéis de prédios, máquinas e equipamentos etc, que possuem regras particulares, insertas nos incisos III a X do art. 3º das Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003), a norma a ser aplicada neste processo há de ser extraída do inc. II, acima transcrita. Este contempla regra mais genérica, segundo a qual bens e serviços utilizados como insumos na (não é dito “para” ou “visando a”, destaco) prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda. Se em vez de “na” tivesse sido empregado “para”, ensejaria uma interpretação funcional ou de simples necessidade à produção, a admitir o emprego do método teleológico na norma ora construída.

Para mim, a norma contida no texto do inc. II em comento não exige que determinado insumo seja direta ou imediatamente utilizado no produto ou serviço final. Pode, o insumo estar ligado a um produto intermediário. Mas há, sim, necessidade de se identificar a qual produto ou serviço está relacionado o insumo. Sem essa identificação ou vinculação (em qual produto ou serviço o insumo é empregado), inexistente o crédito.

Por essa regra geral, os créditos de PIS e Cofins não-cumulativos, por um lado, não parecem tão abrangentes quanto as deduções do IRPJ, onde se admitem todas as despesas são necessárias à atividade empresarial. Por outro, não se restringem aos insumos empregados em processo industrial, como se dá no âmbito do IPI. Das normas extraídas das Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003, e da amplitude do aspecto material das duas Contribuições - que incidem sobre o faturamento ou receita bruta, nesta incluídas as demais receitas além das provenientes da venda de mercadoria e da prestação de serviços -, o que se tem é um meio-termo entre a amplitude do IRPJ e a limitação do IPI.

A mais, em relação aos insumos do IPI, a não-cumulatividade do PIS e Cofins admite créditos sobre os valores da depreciação de máquinas, equipamentos e outros bens incorporados ao ativo imobilizado, da amortização edificações e benfeitorias utilizados nas atividades da empresa, da energia elétrica e térmica consumida nos estabelecimentos da pessoa jurídica etc. A menos, em relação às despesas dedutíveis do IRPJ, não se admite créditos sobre pagamentos a não contribuintes das duas Contribuições (pessoas físicas, especialmente, excetuados os créditos presumidos) e sobre despesas diversas, por exemplo.

Por ser mais ampla do que a não-cumulatividade do IPI, que tem sede constitucional – ao contrário da do PIS e COFINS, de suporte infraconstitucional e com nascedouro nas Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003 -, não há exigência, aqui, de contato direto do insumo com o produto final, como determina o PN CST nº 65/79. Este Parecer Normativo é aplicável apenas no âmbito do IPI. Diferentemente do pretendem as IN SRF nºs 247/2002 e 404/2004, que parecem remeter ao referido Parecer (refiro-me à alínea “a” do inc. I do § 4º do art. 8º da IN SRF nº 404/2004, equivalente à alínea “a” do inc. I do § 5º do art. 66 da IN SRF 247/202), não vejo suporte legal para se requerer na não-cumulatividade das Contribuições que “a matéria-prima, o produto intermediário, o material de embalagem e quaisquer outros bens que sofram alterações, tais como o desgaste, o dano ou a perda de propriedades físicas ou químicas, em função da ação diretamente exercida sobre o produto em fabricação” (redação da citada alínea, na IN SRF nº 404/2004).

Apesar da inexistência de contato direto, a vinculação com esse ou aquele bem produzido (ou serviço prestado) pela empresa é inafastável. Daí não acolher a interpretação dada pelas Soluções de Consulta nºs 359, de 26/11/2004, da 9ª Região Fiscal, e 40, de 19/07/2004, da 5ª Região, no sentido permissão dos créditos no caso de aquisição de Equipamentos de Proteção Individual. Afinal, como vincular tais equipamentos a um bem ou

serviço da Recorrente? Em face da impossibilidade dessa associação, que estende às despesas de manutenção de *software*, nego os créditos litígio.

VENDAS EM JUNHO E JULHO DE 2004: EXPORTAÇÃO NÃO COMPROVADA

Quanto às exportações em questão, não foram comprovadas pelos documentos anexados com a peça recursal.

Conforme o Contrato de Compra e Venda de Ativos no Brasil com cópia trazida aos autos, a Morganite Brasil LTDA vendeu à Recorrente os bem móveis relacionados no Apêndice 1.01 desse Contrato e o imóvel possuído (CLÁUSULA PRIMEIRA), sendo excluídos todos os ativos diferentes dos especificados no referido Apêndice. O Documento emitido pela Secretaria da Fazenda Estadual do Rio Grande do Sul em 02/07/2004, por sua vez, contém o seguinte (negrito acrescentado):

*Autorizo o contribuinte sucessor, supra qualificado, ao uso dos documentos fiscais não utilizados pelo sucedido **desde que apostas, mediante carimbo, as indicações modificadas.***

Das Notas Fiscais de Saída com cópias anexadas, emitidas pela Morganite, somente seis contêm carimbo com os dados da ECS. Os CFOP (Código Fiscal de Operações e Prestações) dessas Notas são os seguintes: 5101, 6124 e 6902. As demais, com os CFOP 5101, 5901, 6101, 6102 e 6910, não contêm o carimbo, tampouco outra indicação de que as operações teriam sido efetuadas após a sucessão.

Ainda que todas as Notas Fiscais fossem consideradas como referentes a operações realizadas pela Recorrente na condição de sucessora da Morganite (desprezando-se a ausência do carimbo), todos os CFOP utilizados sinalizam vendas ao mercado interno, pois o grupo de saídas ou prestações de serviços para o exterior começa com o dígito 7.

Por fim, a Recorrente não apresentou qualquer documento aduaneiro, relativo às exportações que alega. Não cabe, então, lhe dar razão neste tópico.

DEPRECIAÇÃO NA AQUISIÇÃO DE PARQUE INDUSTRIAL USADO: INEXISTÊNCIA DE DIREITO A CRÉDITO

Também não assiste razão à Recorrente no tocante aos créditos defendidos pela aquisição do imobilizado da empresa Morganite. É que a venda do imobilizado não integra a base de cálculo do PIS e Cofins (art. 1º, § 3º, VI, da Lei nº 10.637/2003, incluído pela Lei nº 10.684/2003, e art. 1º, § 3º, II, da Lei nº 10.833/2003), inexistindo o débito respectivo, e no regime da não-cumulatividade das duas Contribuições só é concedido crédito quando há pagamento da Contribuição, como determina o inc. II do *caput* do art. 3º das Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003, cuja redação é a seguinte:

Art. 3º Do valor apurado na forma do art. 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a:

(...)

§ 2º Não dará direito a crédito o valor: (Redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004)

I - de mão-de-obra paga a pessoa física; e (Incluído pela Lei nº 10.865, de 2004)

II - da aquisição de bens ou serviços não sujeitos ao pagamento da contribuição, inclusive no caso de isenção, esse último quando revendidos ou utilizados como insumo em produtos ou serviços sujeitos à alíquota 0 (zero), isentos ou não alcançados pela contribuição. (Incluído pela Lei nº 10.865, de 2004)

Como a vedação acima é aplicável a qualquer crédito, inclusive os calculados com base na depreciação de máquinas e equipamentos incorporados ao ativo imobilizado, ainda que os bens adquiridos com uso não estivessem totalmente depreciados, restaria impossibilitado o direito ao crédito. Daí ser pertinente – e legal - a vedação constante da IN SRF nº 457/2004, que no seu art. 1º, § 3º, II, veda o crédito na hipótese de bens usados. Se esses bens usados integravam o imobilizado da vendedora e, na venda, não houve o débito da Contribuição em face da exclusão da base de cálculo, inexistia o direito ao crédito para a adquirente.

RECOLHIMENTO EM IMPORTAÇÃO REALIZADA POR TERCEIRO: IMPOSSIBILIDADE DE APROVEITAMENTO PELA RECORRENTE

A peça recursal também defende que pagamentos do PIS e Cofins incidentes em importações realizadas pela Morganite poderiam ser utilizados para reduzir o saldo devedor da Recorrente. Mais uma ela não está com a razão porque tais recolhimentos, efetuados em nome da importadora (a Morganite), não podem ser aproveitados por terceiros (a Recorrente).

Embora certo que houve a aquisição de ativos, a Morganite continuou operando em nome próprio e realizou as importações em virtude das quais recolheu o PIS e a Cofins, pelo que a sucessão em tela não comporta o direito alegado em prol da Recorrente.

SELIC NO RESSARCIMENTO DE SALDO CREDOR DO PIS E COFINS: VEDAÇÃO LEGAL

Quanto à alegada incidência da Selic sobre a parte deferida, cabe rejeitá-la, como já antecipado no início deste voto.

É que e 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 não-cumulativo, a teor do inc. VI do art. 15 da mesma Lei nº 10.833/2003, introduzido (o inciso) pelo art. 21 da Lei nº 10.865, de 30/04/2004,

De todo modo, e independentemente dos dois dispositivos legais acima, entendo impossibilitada a aplicação de juros Selic na situação dos autos, haja vista que esta taxa é inconfundível com os índices de inflação e ao ressarcimento não se aplica o mesmo tratamento da restituição ou compensação.

Não se constituindo em mera correção monetária, mas em um *plus* quando comparada aos índices de inflação, a taxa Selic somente poderia ser aplicada aos valores a ressarcir se houvesse lei específica.

É certo que a partir do momento em que o contribuinte ingressa com o pedido de ressarcimento o mais justo é que fosse o valor corrigido monetariamente, até a data da efetiva disponibilização dos recursos ao requerente. Afinal, entre a data do pedido e a do

ressarcimento o valor pode ficar defasado, sendo corroído pela inflação do período. Daí ser admissível no intervalo a correção monetária.

Todavia, desde 01/01/96 não se tem qualquer índice inflacionário que possa ser aplicado aos valores em tela. A taxa Selic, representando juros, e não mera atualização monetária, é aplicável somente na repetição de indébito de pagamentos indevidos ou a maior. Daí a impossibilidade de sua aplicação no ressarcimento em tela.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, dou provimento parcial para reconhecer o crédito a ressarcir, sem a glosa por conta das transferências de ICMS a terceiros. No mais, nego provimento.

(assinado digitalmente)
Relator Emanuel Carlos Dantas de Assis