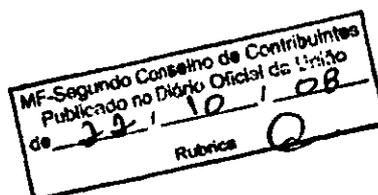




MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº 13005.000684/2005-64
Recurso nº 137.936 Voluntário
Matéria PIS e COFINS
Acórdão nº 202-18.218
Sessão de 14 de agosto de 2007
Recorrente CALÇADOS MAJOLO LTDA.
Recorrida DRJ em Santa Maria - RS



Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 01/01/2001 a 16/02/2005

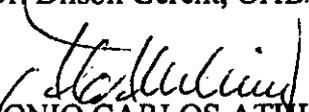
Ementa: ICMS. BENEFÍCIO FISCAL. CESSÃO DOS CRÉDITOS DE ICMS.

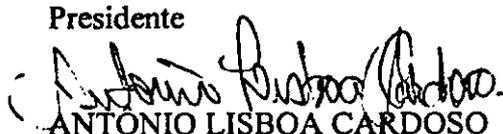
Não há incidência de PIS e de Cofins sobre a cessão de créditos de ICMS, por se tratar de operação de mera mutação patrimonial, não devendo, por isto, compor a base de cálculo das referidas contribuições.

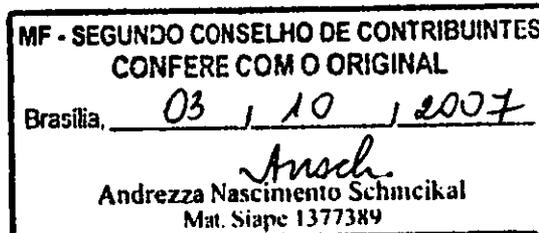
Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

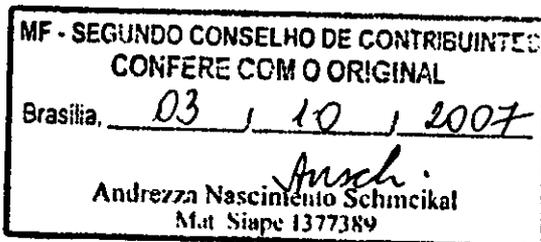
ACORDAM os Membros da SEGUNDA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso. Vencida a Conselheira Nadja Rodrigues Romero, que negou provimento ao recurso. Os Conselheiros Antonio Carlos Atulim e Antonio Zomer votaram pela conclusão. Fez sustentação oral o Dr. Dilson Gerent, OAB/RS nº 22.484, advogado da recorrente.


ANTONIO CARLOS ATULIM
Presidente


ANTONIO LISBOA CARDOSO
Relator



Participaram, ainda, do presente julgamento, as Conselheiras Maria Cristina Roza da Costa e Maria Teresa Martínez López.



Relatório

Cuida-se de recurso interposto pela empresa CALÇADOS MAJOLO LTDA., CNPJ nº 89.204.903/0001-06), em face do Acórdão de fls. 398/412, que manteve procedente o lançamento, cuja ementa é assim redigida:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 01/01/2001 a 16/02/2005

Ementa: ASSERTIVAS. AFRONTA A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. INCONSTITUCIONALIDADES. ILEGALIDADES.

A apreciação de argumentações que se refiram a inobservância ou afronta a princípios constitucionais, ou de alegações de existência de inconstitucionalidades ou ilegalidades, essas contidas em leis ou atos, está deferida ao Poder Judiciário, por força do texto constitucional.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/01/2001 a 16/02/2005

Ementa: JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

A exigência da taxa SELIC como juros moratórios encontra respaldo na legislação regente, não podendo a autoridade administrativa afastar a sua pretensão.

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins

Período de apuração: 01/01/2001 a 16/02/2005

Ementa: COFINS. BASE DE CÁLCULO.

Com fundamento na legislação de regência, a base de cálculo da COFINS foi alargada, adotando-se, então, uma base universal.

ICMS. BENEFÍCIO FISCAL. COMERCIALIZAÇÃO.

Por não estar inserido no rol das exclusões da base de cálculo da COFINS, conforme a legislação de regência, mantém-se a autuação dos valores resultantes de comercialização desse benefício fiscal.

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/01/2001 a 30/11/2002

Ementa: PIS. BASE DE CÁLCULO.

Com fundamento na legislação de regência, a base de cálculo do PIS foi alargada, adotando-se, então uma base universal.

ICMS. BENEFÍCIO FISCAL. COMERCIALIZAÇÃO.

Por não estar inserido no rol das exclusões da base de cálculo do PIS, conforme a legislação de regência, mantém-se a autuação dos valores resultantes de comercialização desse benefício fiscal.

Lançamento Procedente”.

No recurso de fls. 421/441, a recorrente alega, preliminarmente, que ao contrário do que constou do acórdão (fl. 410), ao apresentar a impugnação, a autuada teve a cautela de demonstrar a sua discordância com a totalidade do crédito tributário lançado, transcrevendo em seguida os trechos de sua impugnação (fls. 426/427), razão pela qual entende ser totalmente improcedente a afirmação de que não houve discordância direta com a exigência dos fatos geradores da Cofins, ocorridos entre 28/05/2004 e 16/02/2005, decorrente de a autuada não ter considerado como receita o valor do crédito do ICMS transferido a fornecedores.

Aduz mais que desde 1978, com a Instrução Normativa nº 51, de 3 de novembro do mesmo ano, que enfaticamente determinou a exclusão do custo de aquisição de mercadorias para revenda e de matérias-primas, o montante do ICMS recuperável é destacado na nota.

A partir de então as pessoas jurídicas estão obrigadas a registrar contabilmente, em separado, o ICMS pago sobre as aquisições de mercadorias e matérias-primas e o ICMS incidente sobre as suas operações de vendas de mercadorias e/ou de prestação de serviços, o que faz com que o ICMS destacado nas notas fiscais de aquisição se constitua “num redutor de custos”.

Conclui dizendo que o ICMS registrado no ativo da recorrente, utilizado para pagamento a fornecedores, não está dentro da base de cálculo do PIS e da Cofins. Em favor de sua tese transcreve o julgado pelo Eg. TRF 4ª Região, nos autos do Agravo de Instrumento nº 2005.04.01.008371-4/RS, onde consta o seguinte:

“De ordinário, a parcela do ICMS, destacado nas notas fiscais, sempre integrou, por disposição da lei, o preço de venda do produto, por conseguinte, parcela de receita ou faturamento, não sendo passível de exclusão da base de cálculo das referidas contribuições.

No caso dos autos, todavia, esse fenômeno já ocorreu, ou seja, o ICMS de que trata a Fazenda já serviu de base de cálculo para apuração do PIS e da COFINS a serem recolhidos pelo FORNECEDOR DOS INSUMOS.

(...)

O crédito decorrente do ICMS sub examen, portanto, não configura receita, mas tributo, embutido nos insumos pagos, mas recuperáveis de forma de compensação ou restituição. Isto é, o benefício fiscal da imunidade é oferecido por meio de créditos perante a Fazenda Estadual por questões de operacionalidade, já que a sua devolução em pecúnia não seria prática, seria inviável.

Assim, a incidência do ICMS, que vinha ocorrendo nas sucessivas etapas do processo de industrialização, findou-se na etapa imediatamente anterior, isto é, com a venda da matéria prima pelo fornecedor à empresa exportadora.

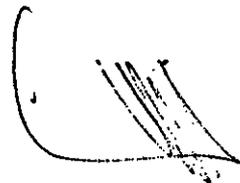
MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL	03 / 10 / 2007
Brasília,	
Andrezza Nascimento Schimcik Mat. Sispac 1377389	

Logo, pretender-se computar novamente a parcela de ICMS na base de cálculo da empresa exportadora é medida repudiada pelo direito tributário em razão da ocorrência do bis in idem."

Relativamente ao período em que a Cofins era calculada e recolhida de forma cumulativa, acrescenta que, em que pese ter sido editada a Emenda Constitucional nº 20, de 1998, com a clara intenção de dar validade jurídica à Lei nº 9.718/98, que alargou a base de cálculo da Cofins, de faturamento para receita bruta, o Pleno do Eg. STF julgou inconstitucional o art. 3º, § 1º, da referida lei, conforme depreende-se acórdão do RE nº 390.840-5/MG, relator Min. Marco Aurélio (DJU de 15/08/2006).

Contesta, por fim, a utilização da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – Selic, a título de juros de mora, em razão do que dispõe o § 1º do art. 161 do CTN, que limita a incidência de juros de mora à taxa de 1% ao mês, bem como pelo fato do referido índice ter natureza de juros compensatórios, conforme decisão do Eg. STJ (REsp Nº 215.881-PR, rel. Min. Franciulli Netto, DJU de 17/02/2000).

É o Relatório.



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTEs
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, <u>03</u> / <u>10</u> / <u>2007</u>
<i>Ansch</i> Andrezza Nascimento Schmcikal Mat. Siape 1377389



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, <u>03</u> / <u>10</u> / <u>2007</u> <i>Ansch.</i> Andrezza Nascimento Schmcikal Mat. Siape 1377389

Voto

Conselheiro ANTÔNIO LISBOA CARDOSO, Relator

O recurso merece ser conhecido, porquanto interposto dentro do trintídio legal e respeitados os demais requisitos legalmente estabelecidos.

A preliminar suscitada pela recorrente quanto a não ocorrência da preclusão merece ser acolhida, porquanto restou cabalmente demonstrado que a impugnação, tempestivamente apresentada, rebateu todos os fatos alegados pela fiscalização como ensejadores do auto de infração, razão pela qual afastou a preliminar de preclusão alegada no acórdão recorrido.

Conforme consta do acórdão recorrido, à fl. 409, onde o assunto em discussão foi resumidamente assim esclarecido:

“De forma sintética, deve-se assentar 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.

Trata-se, portanto, de alienação de direitos, entendendo-se que o montante auferido pela contribuinte na alienação/cessão do direito é receita que deve ser considerada na base de cálculo do PIS e da COFINS”.

Este Colendo Segundo Conselho de Contribuintes já teve oportunidade de discutir o assunto em comento, conforme depreende-se do trecho do Acórdão nº 201-79.962, julgado na sessão de 24/01/2007, quando, por unanimidade de votos, deu-se provimento quanto à exclusão da base de cálculo da cessão de créditos do ICMS, razão pela qual peço vênias para transcrever o seguinte trecho do voto do Conselheiro Gileno Gurjão Barreto (esta parte foi provida pela unanimidade dos julgadores da Primeira Câmara):

“Superada esta primeira questão, passamos ao dos créditos do ICMS. Quanto a este tocante, vê-se que se trata de operação meramente patrimonial, não repercutindo em lançamento à conta de resultado.

É sabido que nas operações de venda de mercadorias, quando da emissão da nota fiscal, destaca-se o ICMS devido e lança-se em conta de passivo exigível. Por sua vez, em obediência ao princípio da não-cumulatividade, a contribuinte credita-se dos valores utilizados em etapas anteriores da cadeia produtiva. Quando o saldo de créditos supera o de débitos, a contribuinte apura saldo de ICMS a Recuperar para ser compensado dos débitos do imposto em períodos posteriores.

De acordo com o Manual de Contabilidade da FIPE-CAFI, 6ª edição, página 334, “o ICMS é um imposto incidente sobre o valor agregado em cada etapa do processo de industrialização e comercialização da mercadoria, até chegar ao consumidor final. O valor do imposto a ser pago pelas empresas é representado pelas diferenças entre o imposto incidente nas vendas e o imposto pago na aquisição das mercadorias

que integram o processo produtivo, ou para serem revendidas." Prossegue, 'por definição legal, o ICMS integra o preço de venda a ser cobrado do comprador'. Exemplifica os respectivos cálculos e arremata afirmando que, apesar de não haver recolhimento do ICMS (em casos de apuração de saldo credor), em nada isso altera o resultado, já que, conforme foi visto, o ICMS não é receita nem despesa.

Traduzindo, na apuração do resultado do exercício, o valor que constará do demonstrativo contábil será sempre o valor do "débito" do ICMS, sem que seja cotizado com os 'créditos' decorrentes das aquisições. Aqueles créditos já foram 'débitos' de outra pessoa jurídica, cuja receita fora tributada pelo PIS e está no preço da mercadoria pago por esta contribuinte. Os créditos serão ativo próprio, a ser deduzido do passivo, em contas patrimoniais.

Afirmar que a cessão de créditos seria receita seria o mesmo que tentar tributar os créditos de ICMS como se receitas fossem, o que seria absolutamente incoerente do ponto de vista contábil e, conseqüentemente, jurídico.

Previu o legislador hipótese de transferência de créditos acumulados de ICMS para outra pessoa jurídica - em especial quando o própria contribuinte não encontra meios para realizar seu saldo de créditos -, desde que atendidas as condições constantes no Regulamento do ICMS do Estado-Membro em questão. Assim, até por ser o ICMS um tributo estadual, inexistindo previsão legal para compensação deste com tributos federais, a contribuinte ora recorrente transferiu créditos de ICMS para seus fornecedores, em operação denominada cessão de créditos.

Assim, em verdade, tal operação não transitou, nem deveria, em contas de resultado e tampouco representa ingresso de receita para a contribuinte, senão mera operação patrimonial, utilizando-se de créditos de ICMS registrados em seu Ativo como meio de pagamento para liquidar operações com seus fornecedores, em virtude do princípio da livre convenção entre as partes, basilar do Direito Comercial, para satisfazer sua obrigação para com seus fornecedores, mediante dação em pagamento, na figura de cessão de créditos.

Ora, apenas se houvesse algum incremento nesta operação (ágio) é que se poderia cogitar em receita, ou existência de ganhos para a contribuinte, e se discutir a eventual incidência de PIS sobre este hipotético ganho. No entanto, não é esta a hipótese dos autos, razão pela qual entendo não subsistir hipótese de incidência para a tributação dos referidos valores pelo PIS.

Apenas a título ilustrativo, a operação em si de cessão de tais créditos poderia redundar em ganho, caso com ágio, tributável, sim, pelo Imposto de Renda e pela contribuição social sobre o lucro, quando poderíamos discutir sua tributação pela contribuição ao PIS. Caso haja deságio, será uma despesa dedutível dos primeiros tributos e nada significaria na apuração da contribuição ao PIS. Ou seja, o que pretendeu a autoridade não encontra respaldo jurídico, tampouco dos princípios fundamentais de contabilidade."

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL	03 / 10 / 2007
Brasília.	
	Andrezza Nascimento Schimickal Mat. S/Impc 1377489

Conforme bem demonstrou a recorrente por meio dos arestos citados e transcritos, pretender fazer incidir a contribuição PIS e a Cofins sobre as receitas decorrentes da cessão de créditos de ICMS é elaterar, sem previsão legal, a base de cálculo das referidas contribuições, o que foi tolhido pelo Pleno do STF, quando julgou inconstitucional o § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, conforme depreende-se do acórdão do Recurso Extraordinário nº 390.840-5/MG (DJU 15/08/2006), *verbis*:

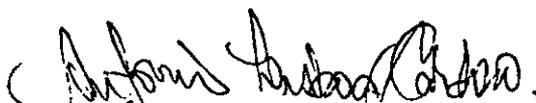
"CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE – ARTIGO 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 – EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1998. O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente.

TRIBUTÁRIO – INSTITUTOS – EXPRESSÕES E VOCÁBULOS – SENTIDO. A norma pedagógica do artigo 110 do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente. Sobrepõe-se ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários.

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL – PIS – RECEITA BRUTA – NOÇÃO – INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718/98. A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada."

Em face do exposto, voto no sentido de conhecer do recurso, para, no mérito, dar-lhe provimento.

Sala das Sessões, em 14 de agosto de 2007.


ANTÔNIO LISBOA CARDOSO

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 03 / 10 / 2007  Andrezza Nascimento Schmeikal Mat. Siapc 1377389
--