



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10920.900376/2011-59
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3001-002.105 – 3ª Seção de Julgamento / 1ª Turma Extraordinária
Sessão de 18 de novembro de 2021
Recorrente WRC OPERAÇÕES PORTUÁRIOS S/A
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/04/2009 a 30/06/2009

RECURSO VOLUNTÁRIO. AUSÊNCIA DE CONTESTAÇÃO ESPECÍFICA DA MATÉRIA.

Não é possível o conhecimento de recurso cujos argumentos de defesa encontram-se desconexos com a matéria objeto do processo, bem como quando não há o enfrentamento direto das questões de fato ou de direito que deu ensejo à decisão administrativa recorrida.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Marcos Roberto da Silva – Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Marcos Roberto da Silva (Presidente), Marcelo Costa Marques d'Oliveira e Sabrina Coutinho Barbosa.

Relatório

Por economia processual e por bem relatar a realidade dos fatos reproduzo o relatório da decisão de piso:

Trata o presente processo de Pedido de Ressarcimento de Créditos da Contribuição para o PIS/Pasep (PER/DCOMP nº 18884.61984.301009.1.1.08-4705), não cumulativa, decorrentes das operações da interessada com o mercado externo, por meio do qual a

contribuinte pleiteia a repetição do montante de R\$ 72.109,43, referente ao 2º trimestre de 2009.

Conforme informações constantes do Termo de Verificação Fiscal – T.V.F, de fls. 53 a 66, a autoridade fiscal, na apreciação do pleito da contribuinte, manifestou-se pelo reconhecimento parcial do direito de crédito pleiteado e pela homologação das declarações de compensação vinculadas ao pedido de ressarcimento somente até o limite do crédito reconhecido, no importe de R\$ 16.145,45.

Seguindo, a autoridade fiscal relata que a contribuinte elegeu como critério de apropriação dos créditos, o método do rateio proporcional, estabelecido pelo inciso II, § 8.º do art. 3.º da Lei n.º 10.637, de 2002 e da Lei n.º 10.833 de 2003. As receitas de exportação de serviços deste caso não se sujeitam a registro no SISCOEX. Assim efetuou-se o batimento entre as informações constantes em DICON e os registros contábeis apresentados, no que não se apurou divergência significativa. Logo, o rateio proporcional feito pelo mesmo foi aceito pela auditoria.

Para melhor orientar a apuração dos créditos declarados pelo interessado nas respectivas linhas do DICON, a fiscalização informa que dividiu a análise de acordo com as respectivas linhas, tendo como elementos comprobatórios do direito aqueles que se demonstram por meio de notas fiscais e aqueles cuja prova se faz pela regular escrita fiscal contábil. Sendo que, segundo os DICONs, os créditos apurados pelo interessado concentraram-se nas rubricas Bens e Serviços Utilizados como Insumos, Despesas de Aluguéis de Máquinas e Equipamentos Locados de Pessoas Jurídicas e Outras Operações com Direito a Crédito.

A autoridade competente aduz que, do comparativo entre as bases de cálculo de créditos constantes nos arquivos digitais LRE e o informado em DICON, foram identificadas inúmeras divergências, as quais, segundo justificativas da interessada, ocorreram devido ao fato dos valores informados nas DICONs terem sido extraídos dos razões contábeis de acordo com a apropriação dos custos nos resultados dos períodos, enquanto que as notas fiscais foram classificadas nos trimestres de acordo com as datas de entrada na empresa. Como exemplo, vale mencionar os itens de manutenção e combustíveis que são classificados como estoque e, posteriormente, quando consumidos são levados ao resultado do período, gerando divergências entre as datas de entrada na companhia e o registro como custo. Ocorreram divergências, também, devido a não terem sido utilizados, nos DICONs, todos os créditos sobre insumas existentes nas operações da WRC.

Dáí e dos registros encontrados se extrai que a contribuinte não obedeceu ao disposto no §1º, inciso I, do art. 3.º das Leis n.º 10.637 de 2002 e n.º 10.833 de 2003 que determinam a apuração de crédito sobre os bens e serviços adquiridos no mês e não quando são gastos ou utilizados. Também os registros dos arquivos LRE não foram discriminados por CFOPs (todos foram informados como 1.101 Compra para industrialização ou produção rural), dificultando a classificação nas rubricas do DICON. Destaca-se que ao final da auditoria e ao perceber que foram detectados créditos incorretos, a contribuinte solicitou a substituição de alguns arquivos digitais errados, arquivos estes que já tinham sido confirmados pela mesma.

Por fim, a autoridade competente relata que, apesar de todos estes empecilhos, a auditoria baseou-se nos arquivos digitais LRE, sobre os quais montou-se amostragem de notas fiscais para certificação de sua consistência e do enquadramento dos bens e serviços adquiridos no conceito de insumo definido pelas Instruções Normativas SRF nº 247 de 2002 e nº 404 de 2004. Esta amostragem revelou a inclusão na base de cálculo dos créditos decorrentes, em tese, dos registros/aquisições, a seguir relacionados, não passíveis de creditamento:

a) Serviços de engenharia

Foram glosados créditos computados sobre despesas referentes a obras de engenharia como projetos para ampliação e modernização do porto, dragagem no porto e locação de embarcações para dragagem, dos fornecedores de CNPJ 06.328.935/0001-88, 33.048.240/0001-15 e 44.520.609/0001-67. Tais despesas não se enquadram no conceito de insumo, vez que a interessada é operador portuário, presta apenas serviços de embarque e desembarque, não possui espaço físico próprio, não é responsável pela manutenção da infraestrutura do porto (canal, diques, berços de atracação, etc). Conforme informações extraídas do Regulamento de Exploração da Administração do Porto de SFS, disponível no site www.apsfs.sc.gov.br competem à Administração do Porto tais obras, não ao operador portuário. Para dirimir qualquer dúvida, intimou-se o contribuinte a apresentar um contrato firmado com a Administração do Porto em que constassem as responsabilidades e encargos assumidos, inclusive quanto a obras civis na infraestrutura portuária, ao que respondeu não possuir este ou qualquer outro documento equivalente.

Também foram glosadas despesas de terraplenagem, drenagem e pavimentação do fornecedor de CNPJ 82.607.623 0001-91, executadas em pátio de contêineres da filial 04.945.969/0002-77 (resultado da cisão parcial de Cargolink. CNPJ 01.009.792/0001-28 e incorporação em 15/10/2008). Estas despesas deveriam compor o ativo imobilizado para amortização, eis que não se tratam de insumos.

b) Serviços de manutenção

A interessada incluiu na base de cálculo de crédito aquisições de serviços adquiridos de 1ª) IT2B Information Technology To Business Assessoria Comercial Ltda., CNPJ 04.549.484/0001-83, e da 2ª) Data Projetos e Assessoria Ltda., CNPJ 04.861.442/0001-83, descritos genericamente como manutenção e reparo de empilhadeiras, guindastes e equipamentos, sempre em valores elevados e arredondados, pagos através de cheques cujas cópias trazem consignado o registro de terem sido emitidos ao portador, com o campo nominal preenchido posteriormente e à mão, um deles ainda rasurado pois havia sido escrito S.P. Com. Distr. de Combustível.

Não bastasse isso, segundo consta no CNPJ a 1ª empresa acima citada foi extinta em novembro/2006 e prestava atividades de consultoria em gestão empresarial, exceto consultoria técnica específica, administração de caixas escolares e atividades de apoio à educação (CNAEs 7020-4-00. 8550-3-01. 8550-3-02). Suas GFIPs, relativas ao período 04/2006 e a extinção foram entregues com a informação "sem movimento", em outros meses consta apenas o pró-labore do sócio.

A 2ª empresa citada, por sua vez, além de não ter entregue GFIP no período, conforme consta no CNPJ, está inativa desde 2004 e prestava serviços de agronomia e consultoria às atividades agrícolas e pecuárias (CNAE 7490-1-03). Seu sócio-administrador também era responsável pelo OGMO Órgão Gestor de Mão de Obra do Porto de Itajaí no período.

Diante de tais fatos é impossível não concluir tratarem-se de despesas fictícias, razão pela qual todos os registros destes fornecedores foram glosados.

c) Aquisições de combustíveis

Constam nos arquivos LRE diversos registros de aquisições junto ao fornecedor SPCOM Distribuidora de Combustíveis Ltda., CNPJ 00.671.055/0006-38, cuja amostragem trouxe notas fiscais de produtos descritos genericamente como venda de combustíveis e lubrificantes. Ocorre que de acordo com o PAF n.º 13808.001252/00-59, cujo Ato

Declaratório de Inaptidão foi publicado no DOU em 03/10/2000, esta empresa foi declarada inapta por inexistência de fato. Por óbvio tais despesas nunca existiram e por isso foram glosadas da base de cálculo dos créditos.

d) Despesas de mão-de-obra

O interessado incluiu nos arquivos LRE diversos registros de despesas junto ao fornecedor CNPJ 00.721.375/0001-40. Intimado a apresentar as notas fiscais correspondentes, entregou apenas cópias de transferências bancárias e relatórios de contas a pagar.

Este CNPJ pertence ao OGMO Órgão Gestor de Mão-de-Obra do Trabalhador Portuário Avulso de São Francisco do Sul. Ocorre que, apesar do OGMO necessitar de cadastro no CNPJ, não se trata de uma pessoa jurídica propriamente dita, apenas equipara-se a empresa em relação à remuneração paga, devida ou creditada no decorrer do mês aos segurados empregado e contribuinte individual por ele contratados (Instrução Normativa RFB n.º 971 de 2009, art. 266). É constituído pelo próprio operador portuário e incumbido de administrar o fornecimento da mão-de-obra do trabalhador portuário e repassar os valores devidos pelo operador portuário relativos à remuneração dos referidos trabalhadores, como estabelecido pela Lei n.º 8.630 de 1993, Lei dos Portos. O que significa dizer que referidas despesas tratam-se de pagamentos de mão-de-obra a pessoas físicas, cujo creditamento é explicitamente vedado pelo art. 3.º, § 2.º inciso Iº das Leis n.º 10.637 de 2002 e n.º 10.833 de 2003.

Ainda que se adentrasse à discussão da personalidade jurídica do OGMO e se concluísse equivocadamente ser uma pessoa jurídica de fato, o creditamento esbarraria em outra vedação legal contida no art. 3º, § 2º, das Leis n.º 10.637 de 2002 e n.º 10.833 de 2003, sobre aquisição de serviços não sujeitos ao pagamento da contribuição, pois o OGMO não auferir receitas e por isso não é contribuinte de PIS Cofins sobre faturamento. Assim, todos os registros de "aquisições" junto ao OGMO foram glosados.

e) Despesas de aluguéis de equipamentos

Em todo o período auditado o interessado computou créditos sobre Despesas de Aluguéis de Máquinas e Equipamentos Locados de Pessoas Jurídicas nos DACONs. Para certificação, requisitou-se a apresentação de demonstrativo e de cópias de todas as notas fiscais de locação de algumas empresas, posteriormente reduzidas a seu pedido pelo grande volume. A análise do demonstrativo entregue já apresentou discrepância entre os valores ali descritos e os constantes em DACON, gerando a primeira glosa da diferença quando estes maiores que aqueles.

Também foram glosados os registros nos valores de R\$ 270.058,11, de janeiro 2007 de Motora Loc. Com. Equip. Ltda., e de R\$ 175.000,00, de junho/2006 de Seatrade Ag. Mar. Ltda., por não terem sido apresentadas as notas fiscais, mas apenas "nota de débito" e "fatura". Quanto à Seatrade, sequer refere-se à locação de equipamento pois traz a descrição como "adiantamento de frete marítimo".

Sobre o locador Cargolink Armazéns de Carga Ltda., aluguel do equipamento descrito como MHC 474, os valores foram integralmente glosados pois nenhuma nota fiscal representativa da operação foi apresentada. Entregaram-se apenas e-mails impressos, extratos bancários, recibos, relatórios de contas a pagar, cópias de cheques e de comprovantes de depósito.

f) Pagamentos à Administração do Porto

O interessado incluiu nos arquivos LRE diversos registros de despesas junto ao fornecedor CNPJ 00.721.375/0001-40, que pertence à Administração do Porto de São Francisco do Sul.

Em que pese tais despesas sejam necessárias à sua atividade, sobre elas não se podem computar créditos das contribuições por falta de previsão legal, eis que não se enquadram no conceito de insumos nem estão listados nas outras despesas passíveis de creditamento dos arts. 3.º das leis que tratam da não cumulatividade. Mesmo que se considerassem erroneamente como insumos, esbarrariam na vedação à apuração de crédito sobre bens ou serviços não sujeitos ao pagamento da contribuição, visto ser a Administração do Porto uma pessoa jurídica de direito público, não contribuinte.

Assim, todos os registros de tal CNPJ também foram glosados da base de cálculo dos créditos.

g) Despesas com fretes

Também foram glosadas da base de cálculo, 2ª trimestre de 2009, os créditos computados sobre Despesas de Armazenagem e Fretes na Operação de Venda, vez que nos termos do art. 3º, inciso IX, das Leis n.º 10.637 de 2002 e n.º 10.833 de 2003, 03, somente é permitido o crédito sobre despesas de frete na operação de venda, não na movimentação de mercadorias entre os diversos estabelecimentos que o contribuinte possui ou atua. Nesta hipótese a lei dá direito a crédito sobre o frete pago pelo vendedor na entrega de produtos e bens ao adquirente, depois de encenado o processo produtivo.

Em se tratando de venda de serviços, o único frete passível de creditamento seria aquele pago pelo vendedor para transporte de meio físico em que contido o serviço, por exemplo, o envio de CD em que contido software desenvolvido e vendido. No caso em tela, o interessado vende o serviço de carga e descarga em operação portuária, algo intangível e que não necessita de frete.

h) Devoluções

Nos DACONs do 1.º trimestre de 2008, a interessada computou créditos sobre Devoluções de Vendas Sujeitas à Alíquota de 1,65% e 7,6%. Todavia, no caso em tela, não se vislumbra como um serviço prestado pode ser devolvido, nem a lei permite crédito sobre devolução de serviços, mas apenas devolução de bens e somente se foram tributados. Nos arquivos LRE não constava nota fiscal de devolução alguma, impedindo a esta auditoria verificar de que se tratava. Desta forma, tais valores foram integralmente glosados.

i) Encargos de Depreciação de Bens do Ativo Imobilizado

Em seus DACONs a interessada informou a apuração de créditos das contribuições Sobre Bens do Ativo Imobilizado (Com Base nos Encargos de Depreciação) em valores significativos. Para certificação, requisitou-se a apresentação de demonstrativos e de cópia da nota fiscal de aquisição de alguns bens. O interessado apresentou as notas fiscais, com exceções, dos bens e de despesas relacionadas à montagem/ativação dos equipamentos e respectivas Declarações de Importação DIs.

Verificou-se nas próprias DIs e em consulta ao SISCOMEX que a maioria dos bens foram importados ao amparo do Regime Tributário para Incentivo à Modernização e Ampliação da Estrutura Portuária REPORTE, ao qual WRC foi devidamente habilitada pelo ADE DRF/JOI nº 8, de 2005. Neste regime, instituído pelos arts. 13 a 16 da Lei n.º 11.033, de 2004, a incidência das contribuições fica suspensa na importação de máquinas e equipamentos destinados ao seu ativo imobilizado para utilização exclusiva em portos na execução de serviços de carga, descarga e movimentação de mercadorias, suspensão convertida em sujeição a alíquota zero após 5 anos. Portanto sobre estas aquisições nunca foram pagas as contribuições incidentes sobre a importação.

O direito a crédito sobre importações de equipamentos foi estipulado pelo art. 15, inciso V, da Lei nº 10.865, de 2004. Neste mesmo artigo, o §1º determina que tal direito aplica-

se exclusivamente às contribuições efetivamente pagas na importação de bens. Assim, os créditos sobre depreciação de bens importados pelo REPORTE foram glosados.

Da análise dos documentos apresentados pela fiscalizada verificou-se também que na rubrica despesas para instalação dos equipamentos estavam incluídos valores não amparados por nota fiscal, para comprovar referidos valores foram apresentados documentos referentes à solicitação de numerário, extrato de processos, invoice, fatura proforma, bill of lading, comunicação interna, recibo de pagamento autônomo, orçamento, nota de débito, etc... mão-de-obra paga a pessoas físicas, taxas portuárias, despesas com impostos de importação (apenas no demonstrativo, sem nenhum documento anexado). Por óbvio, considerando-se que nenhum dos documentos apresentados podem ser considerados documentação hábil e idônea a comprovar os valores pleiteados, as depreciações destas despesas foram glosadas.

Quanto aos equipamentos descritos como RESIDUAL GUINDASTE MÓVEL PORTUÁRIO e Grande porte Empilhadeira Madal MD 40IS – Nº 11, nenhum documento foi apresentado, pelo que os valores pleiteados foram integralmente glosados.

Merece destaque que para o segundo equipamento, o demonstrativo traz inscrito como justificativa "compra MHC Cargolink" e "financiamento do guindaste MHC 474 exercício de opção" que dão a entender referirem-se à operação citada no item "e" já glosada em virtude da falta de comprovação.

Quanto ao equipamento descrito como Empilhadeiras Empilhadeira Milan, a nota fiscal apresentada revela que o bem foi adquirido já usado, hipótese em que o creditamento é vedado pela Instrução Normativa SRF nº 457, de 2004. art. 1º, § 3º, inciso II, em função do disposto no art. 3º, § 2º, inciso II, das Leis nº 10.637, de 2002 e nº 10.833 de 2003. Pelo que a depreciação deste equipamento também foi glosada.

Por fim, a fiscalização informa que apurado o montante de créditos disponível ao interessado, procedeu-se à análise da forma como ele utilizou os créditos, priorizando o desconto das contribuições devidas ao final do mês. Na medida do possível, manteve-se a destinação informada pelo contribuinte nas fichas 13 e 23 Créditos Descontados no Mês dos DACONS.

Cientificada do referido despacho em 22/12/2011 (fl. 2.269), a requerente apresentou a manifestação de inconformidade de fls. 02 a 31, em 23/01/2012, alegando, em breve síntese, que:

- a manifestação de inconformidade em destaque é tempestiva;*
- a fim de facilitar a análise e julgamento da presente manifestação de inconformidade, bem como por economia e celeridade processual, entende ser necessário a reunião e apensamento dos processos analisados pela autoridade fiscal ao processo nº 10920.722131/2011-84, vez que neste é onde está o histórico das intimações fiscais e o suporte de documentos da defesa do Contribuinte e por fim, o julgamento em conjunto;*
- da análise da legislação que versa sobre o tema e de acordo com o posicionamento adotado pelo CARF e pelo judiciário, conclui-se que não é destituída de fundamentação a premissa utilizada pela contribuinte para caracterização do que seria insumo para fins de apuração de créditos de PIS e COFINS não cumulativos; cabendo, neste caso, a autoridade fiscal, compreender que tanto os custos quanto as despesas operacionais da pessoa jurídica, na forma definida nos arts 290 e 299 do Decreto nº 3.000 de 1999, se enquadram no conceito de insumo, e não limitar seu entendimento apenas ao conceito abordado nas Instruções Normativas SRF nº 247, de 2002 e nº 404 de 2004, que foi o que fez, equivocadamente, a AFRFB ao glosar os créditos pretendidos pela requerente;*

- assim sendo, passada a análise e definição do que seria insumo para a contribuinte quando procedeu à apuração dos créditos de PIS e COFINS cumpre apontar abaixo a deficiência da fundamentação trazida aos autos pela AFRFB para justificar cada glosa efetuada:

a) Despesas com serviços de engenharia

- a Contribuinte possui como finalidade prevista em seu estatuto social, a) Execução e prestação de serviços inerentes a operações de terminais de carga e de containers, incluindo estacionamento de containers cheios e/ou vazios, estacionamento de equipamentos de movimentação e transporte de containers, inspeção de containers e de equipamentos de transporte e de movimentação destes, manutenção e reparo de containers e de seus equipamentos de movimentação ou transporte, estufagem e desestufagem, tudo dentro da área do Porto Organizado; b) Operações de terminais e carga, descarga e armazenamento de mercadorias próprias e de terceiros; c) aluguel de equipamentos de movimentação de cargas; e d) prestação de serviços de operador portuário, conforme itens (a), (b) e (c) acima, entendida a atividade como conceitua a Lei Federal nº 8.360, de 1993;

- em que pese o fato da Contribuinte não ter contrato de arrendamento firmado com a Administração do Porto, e também não ter firmado qualquer contrato que lhe atribua a responsabilidade direta pela execução das obras de ampliação, dragagem e modernização do porto, em razão das atividades desenvolvidas, a contribuinte necessita constantemente estar modernizando o espaço físico em que opera, tendo interesse direto e imediato na manutenção, conservação e ampliação da infraestrutura portuária, sem o que não pode desempenhar suas atividades com a segurança e eficiência necessárias, afastando a clientela e perdendo receita; se a Administração do Porto não efetuar as obras necessárias que lhe foram delegadas, tais como: modernização e dragagem, itens estes essenciais para o regular desenvolvimento das atividades portuárias, necessário é que a contribuinte assuma a execução destes serviços, seja para evitar risco de acidentes seja para atrair clientes e assim, evitar prejuízos financeiros; não houvesse a contribuinte executado as necessárias obras, não se estaria discutindo o direito ao creditamento, mas, sim, a inexistência de receita;

- ademais, deve-se considerar que no capítulo II no Regulamento de Exploração da Administração do Porto de São Francisco do Sul, consta que a Administração do Porto tem como atribuição fiscalizar as obras executadas na área do Porto Organizado, abrindo a possibilidade de que terceiros executem estas obras, que são de necessárias e de fundamental importância para a manutenção das atividades do contribuinte. Explica-se: no capítulo VII, do Regulamento de Exploração da Administração do Porto de São Francisco do Sul, quando trata sobre o papel do Operador Portuário, atividade principal do contribuinte, afirma que será de sua responsabilidade todas as operações que realizar;

- quanto às despesas com serviços de despesas de terraplanagem, drenagem e pavimentação do fornecedor "Empreiteira Fortunato Ltda. (82.607.623/0001-91), tratam-se de despesas com manutenção de benfeitorias do pátio (parte do porto organizado), por onde transitam e são alocadas sobre ele diariamente cargas muito pesadas, tais como: caminhões, contêineres, máquinas e demais equipamentos, e com o passar do tempo o desgaste do solo é inevitável, ainda que por estar próximo a zona marítima ele possui uma estrutura mais vulnerável a desgastes naturais, o que torna necessárias referidas obras de reparos a fim de promover a manutenção e conservação do pátio que compõe o espaço portuário; por conseguinte, em que pese as alegações da autoridade fiscal quando aduz que referidas despesas deveriam compor o ativo imobilizado para amortização, conclui-se que essas despesas são efetivamente obras de

manutenção (reparos), o que possibilita a sua classificação como insumos e assim, creditar-se das contribuições ao PIS e/ou COFINS;

b) Despesas com serviços de manutenção e aquisição de combustíveis

- a AFRFB não poderia ter efetuado a glosa dos créditos vinculados a essas despesas, vez que os serviços foram prestados pelas empresas contratadas nos termos pactuados com a Contribuinte, bem como o combustível adquirido entregue no local da sede dele; o fato das referidas empresas terem problemas em seus cadastros perante a Receita Federal, não pode fazer com que a fiscalização suponha que tais prestações de serviços e/ou aquisições de mercadorias não tenham ocorrido e penalizar a adquirente mediante a glosa dos créditos;

- por mais que os serviços prestados pelas empresas IT2B e Data Projetos não estivessem incluídos no objeto social constante do respectivo contrato social destas empresas, os serviços foram prestados por mão-de-obra indicada pelos contratados, desconhecendo a contribuinte se houve subcontratação a terceiros ou não;

- inclusive, o fato apurado pelo ilustre AFRFB de que o sócio administrador da empresa Data Projetos era também o responsável pelo OGMO, no período em que os serviços foram prestados, corrobora o fato de tratar-se de pessoal com conhecimento técnico e reconhecida expertise no ramo portuário;

- caso haja alguma suspeita em relação as referidas empresas cabe a Receita Federal apurar as inconsistências de informações e não penalizar a adquirente/Contribuinte, terceiro de boa-fé em situação societária, fiscal e contábil regular;

- pelo que, a inexistência de elementos robustos de prova das conclusões da AFRFB deixa a caracterização das operações como fictícias ao seu exclusivo juízo pessoal, em total desrespeito ao art. 116, § único do CTN, o que não pode ser aceito, pois, por certo, as presunções pessoais ainda não encontram eco no direito tributário, cuja vigia mestre ainda é o princípio da legalidade, previsto nos arts. 97, III e V, e 112, ambos do CTN.

- a adquirente/tomador de boa-fé não pode ser responsabilizada pela inidoneidade (inadequação ou falsidade) de notas fiscais emitidas pela empresa vendedora. Quando isso ocorre, é possível o aproveitamento de crédito do tributo, no caso as contribuições ao PIS e/ou da COFINS, das despesas obtidas relativamente aos referidos cupons fiscais;

c) Despesas com o OGMO e a Administração do Porto

- o OGMO, possui CNPJ e personalidade jurídica. Ele é um órgão gestor, mas equiparado a uma pessoa jurídica de direito privado de fato, tendo em vista a sua natureza jurídica e sua estrutura de órgão privado; uma vez constituído sob as regras legais desta categoria não há, internamente, a intervenção do Estado, se analisando as disposições contidas na Lei nº 8.630, de 1993. A Instrução Normativa RFB nº 971, de 2009, em seu art. 263, inciso IV, descreve o OGMO como: "a entidade civil de utilidade pública, sem fins lucrativos, constituída pelos operadores portuários, em conformidade com a Lei nº 8.630, de 1993, tendo por finalidade administrar o fornecimento de mão-de-obra do trabalhador avulso portuário"; a Instrução Normativa INSS nº 31, de 2000, por sua vez, equipara o OGMO a empresas em relação aos trabalhadores;

- não bastasse isso, analisando a previsão contida nos §§ 1º, 2º e 3º, do art. 19, da Lei nº 8.630, de 1993, é imperioso salientar que o OGMO possui responsabilidade civil. Assim, não possui razão lógica, a argumentação da AFRFB de que o OGMO não é uma pessoa jurídica de fato, pois instituído de direitos e obrigações. Afirmar isso seria fazer letra morta das normas acima citadas;

- restando incontestado a personalidade jurídica do OGMO, há de se questionar a alegada impossibilidade, segundo a AFRFB, de creditamento de PIS e COFINS sobre aquisição de serviços não sujeitos ao pagamento das contribuições, em razão do OGMO não auferir receitas, e sobre as despesas com a Administração do Porto de São Francisco do Sul em razão dessa ser contribuinte apenas de PIS decorrentes de receitas correntes arrecadadas e as transferências correntes e de capital recebidas. As despesas com o OGMO e a Administração do Porto são de caráter essencial frente às atividades da contribuinte. Na qualidade de operador portuário, ele tem que adquirir mão de obra portuária avulsa junto ao OGMO para que possa realizar a movimentação e armazenagem das cargas que lhe foram conferidas pelos seus clientes e, por operar na área do porto organizado lhe é imposto o pagamento de tarifas à Administração, porquanto esta é quem detém a concessão para exploração;

- pelo que, a essencialidade desses serviços configura-os como insumos/despesas dedutíveis ao Contribuinte, que por sua vez tenta tornar aplicável o regramento contido nas Leis nº 10.637, de 2002 e nº 10.833, de 2003, e creditar-se das contribuições ao PIS e COFINS não-cumulativas;

- logo, a Contribuinte não pode ser penalizada em razão da outra parte, OGMO ou a Administração, não tributarem as contribuições ao PIS e COFINS pela mesma regra contábil;

d) Despesas com aluguéis de equipamentos

- possui escrita contábil regular e em perfeita ordem, tendo contabilizado adequadamente todas as operações de locação de bens, as quais possuem todos os elementos de prova quanto a sua efetiva ocorrência e quanto aos valores efetivamente pagos por ele a título de aluguel dos bens que se fazem imprescindíveis para o desenvolvimento de suas atividades;

- a falta de emissão de nota fiscal das operações de arrendamento de bens como fundamento para glosa dos créditos é draconiana, pois impregnada de formalismo exacerbado que desconsidera os demais elementos de prova a favor da Contribuinte que demonstra a efetiva operação econômica realizada. A simples falta de emissão de nota fiscal não pode impedi-la de desfrutar, por inteiro, do seu direito de reconhecer os créditos permitidos pela legislação tributária sobre as operações que realizou;

- conforme disciplina o Decreto nº 3.000, de 1999, não há que se falar sobre a obrigatoriedade de emissão de Nota Fiscal de Serviços para a atividade de locação de equipamento, porquanto não há serviço prestado (hipótese de incidência tributária), cabendo à prestadora apenas emitir simples recibo ou documento equivalente;

- desta forma, diante da apresentação de todos os documentos, recibos e comprovantes de pagamento que demonstram a efetiva existência e ocorrência da locação de bens, há que se reconhecer como injusta a glosa dos créditos sobre estas operações sobre o fundamento de que não foram emitidas notas fiscais;

- ainda não ocorreu, na via administrativa, o trânsito em julgado do PAF nº 10920.000211/2007-07, tampouco há qualquer decisão na via judicial transitada em julgada, por conseguinte, insubsistente e sem qualquer plausibilidade jurídica utilizar-se da decisão proferida em 1ª instância como razão de decidir;

e) Despesas com frete

- como é sabido, a manifestante presta serviços de movimentação e armazenagem de cargas provenientes ou destinadas ao transporte aquaviário. Para poder executar os seus serviços, é obrigada a manter uma área de armazenamento de cargas fora da zona primária portuária, haja vista que, como é de conhecimento público e notório, os espaços

de armazenamento contíguos aos cais de atracação são escassos e utilizados exclusivamente para as mercadorias em vias de embarque ou desembarque em navios atracados no porto;

- assim sendo, não haveria como requerente auferir receitas de armazenamento em sua filial sem incorrer nas despesas com o frete de transporte das mercadorias entre a sua filial e o porto e vice-versa. Este frete é imprescindível para o auferimento das receitas e se trata de um frete de transporte de produtos de terceiros, haja vista que o contribuinte não movimenta carga própria. O frete faz parte do serviço, como um custo direto da receita de armazenagem;

- ainda que o preço do frete fosse repassado ao cliente como parte do preço dos serviços faturados pela contribuinte, fato é que, quem suporta o seu ônus econômico efetivamente é a manifestante, sendo esta uma efetiva despesa operacional;

f) Despesas com devoluções de vendas

- ao preencher a DACON do período, a contribuinte prestou informações de modo incorreto gerando a incongruência em questão. Na verdade, conforme fazem prova as notas fiscais em anexo, houve o cancelamento das mesmas e não a devolução dos serviços, até porque como bem salientou a AFRFB, não se concebe devolução de serviços;

- sendo assim, como havia procedido com a tributação da operação antes do cancelamento da nota fiscal, a manifestante aproveitou os créditos de PIS e COFINS oriundos dela, vez que hígidos e aptos a serem utilizados, motivo pelo qual se mostra insubsistente a glosa intentada a AFRFB;

g) Despesas com bens importados com o benefício do REPORTE

- o montante não arrecadado pela Contribuinte com os tributos incidentes sobre os bens adquiridos com o benefício fiscal concedido pelo programa REPORTE vem servir de investimento em bens e direitos capazes de permitir o desenvolvimento de um empreendimento econômico de interesse público (obras nas suas instalações que fazem parte do Porto de São Francisco do Sul). Contudo, os tributos suspensos integram o custo de aquisição já que é apenas após 5 anos, que os mesmos se convertem em isenção ou alíquota zero, devendo, então serem contabilizados como subvenção governamental;

- o que significa dizer que o programa REPORTE enquadra-se como subvenção governamental e os tributos suspensos equiparam-se aos tributos efetivamente pagos pela contribuinte, como forma se dar efetividade a subvenção governamental. Negar-se o direito ao crédito, equivale a anular os próprios efeitos do incentivo governamental, onerando-se indevidamente o contribuinte;

- em relação a "compra MHC/Cargolink" e "financiamento do guindaste MHC474-exercício por opção", afirma a AFRFB que "(...) dão a entender ... a operação já citada no item 2.1.5 e já considerada fictícia", tendo em vista que ainda não ocorreu, na via administrativa, o trânsito em julgado do PAF nº 10920.000211/2007-07, tampouco há qualquer decisão na via judicial transitada em julgada, insubsistente e sem qualquer plausibilidade jurídica utilizar-se da decisão proferida em 1ª instância como razão de decidir;

- por oportuno, junta-se à defesa os documentos dessas operações a fim de comprovar a efetiva ocorrência delas;

h) Lançamento das glosas e utilização dos créditos

- no que tange aos equipamentos importados, mais especificadamente "Grande Porte Reach Stacker Terex – RS 10" e "Grande Porte Reach Stacker Kalmar RS 9", a

contribuinte, conforme se denota de leitura das declarações de importação, recolheu o PIS e a COFINS da operação e para estes equipamentos o fiscal considerou o direito ao crédito. Todavia, ao proceder com análise do cálculo elaborado pelo AFRFB, chamou a atenção o fato de ter um valor de custo final do equipamento utilizado como base de cálculo do crédito inferior ao valor da base de cálculo utilizada para recolhimento do PIS e COFINS.

Veja-se quadro demonstrativo:

Grande Porte Reach Stacker Kalmar - RS 9

- Custo nota fiscal de entrada do equipamento: R\$ 1.221.503,92
- Base de cálculo para recolhimento do PIS e COFINS: R\$ 1.311.688,34
- Diferença: R\$ 90.184,40.

Grande Porte Reach Stacker Terex - RS10

- Custo nota fiscal de entrada do equipamento: R\$ 1.224.151,90
- Base de cálculo para recolhimento do PIS e COFINS: R\$ 1.314.531,95
- Diferença: R\$ 90.380,00.

- restando, assim, demonstrado que há uma divergência a menor dos créditos apurados pela AFRFB. Tal fato encontra-se registrado às fls. 1.189 e 1.198 do PAF nº 10920.722131/2011-84;

- por conseguinte, tendo em vista que, de acordo com o que disciplina a Lei nº 10.865 de 2004, o direito ao crédito ora pretendido se aplica em relação às contribuições efetivamente pagas na importação de bens e serviços, necessário se faz a reavaliação dos créditos deferidos à contribuinte no despacho decisório e a inclusão destes créditos (diferença entre a nota fiscal e o valor pago constante na DI) na base de cálculo de apuração do direito creditório, porquanto houve o recolhimento das contribuições devidas.

Por fim, diante das razões acima expostas, a manifestante requer o reconhecimento do direito creditório pleiteado e, por conseguinte a reforma do despacho decisório para o fim de homologar o pedido de compensação efetuado, e, ainda ao final, caso haja crédito a ser ressarcido que o mesmo seja liberado a favor da contribuinte.

Bem como, tendo em vista o exíguo prazo de 30 dias para a contribuinte levantar todos os documentos necessários à sua defesa, consoante a previsão do art. 16, § 4º, alíneas, "a" à "c", do Decreto nº 70.235, de 1972, a defendente requer o reconhecimento do direito de apresentação posterior de documentos, fiscais, contábeis e técnicos, que venham a ratificar as alegações ora aduzidas e que todas as publicações e/ou intimações referentes ao presente processo sejam efetuadas em nome do advogado MOYSES BORGES FURTADO NETO, OAB/SC nº 15.428, sob pena de nulidade.

É o relatório.

A DRJ em Florianópolis/SC julgou improcedente a manifestação de inconformidade, não reconhecendo o direito creditório conforme **Acórdão nº 07-42.687** a seguir transcrito:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/04/2009 a 30/06/2009

PEDIDOS DE RESTITUIÇÃO, COMPENSAÇÃO OU RESSARCIMENTO. COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DO DIREITO CREDITÓRIO. ÔNUS DA PROVA A CARGO DO CONTRIBUINTE.

No âmbito específico dos pedidos de restituição, compensação ou ressarcimento, é ônus do contribuinte/pleiteante a comprovação minudente da existência do direito creditório.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/04/2009 a 30/06/2009

REGIME DA NÃO-CUMULATIVIDADE. CONDIÇÕES DE CREDITAMENTO.

Dão direito a crédito, no âmbito do regime da não cumulatividade, custos e despesas com bens e serviços adquiridos de pessoa jurídica domiciliada no País, utilizados como insumo na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda.

REGIME DA NÃO-CUMULATIVIDADE. CONCEITO DE INSUMOS.

No regime da não cumulatividade, só são considerados como insumos, para fins de creditamento de valores: aqueles utilizados na fabricação ou produção de bens destinados à venda; as matérias primas, os produtos intermediários, 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, desde que não estejam incluídas no ativo imobilizado; e os serviços prestados por pessoa jurídica domiciliada no País, aplicados diretamente na prestação de serviços.

REGIME DE APURAÇÃO NÃO CUMULATIVA. OPERADOR PORTUÁRIO. PAGAMENTO FEITO A ÓRGÃO GESTOR DE MÃO-DE-OBRA. CRÉDITO. IMPOSSIBILIDADE.

Não dá direito a crédito no regime de apuração não cumulativa da Contribuição para o PIS/Pasep e Cofins o valor pago, pelo operador portuário, a trabalhadores portuários com vínculo empregatício ou a trabalhadores avulsos que lhe prestem serviço por intermédio do Órgão Gestor de Mão-de-Obra, visto não serem tais dispêndios caracterizados como insumo e que as duas situações referem-se a pagamentos de mão-de-obra feitos a pessoas físicas.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

Inconformada com a decisão da DRJ, a Recorrente apresenta **Recurso Voluntário** contra a decisão de primeira instância apresentando na “Sinopse Fática” as informações sobre a não homologação da PER/DCOMP indicada. Em seguida, apresenta os argumentos de defesa totalmente diversos do conteúdo material e fático dos autos. Ou seja, o Recurso Voluntário enfrenta um auto de infração de multa aduaneira por prestação extemporânea de informações sobre veículo e cargas nele transportadas.

Dando-se prosseguimento ao feito o presente processo foi objeto de sorteio e distribuição à minha relatoria.

É o relatório.

Fl. 13 do Acórdão n.º 3001-002.105 - 3ª Sejul/1ª Turma Extraordinária
Processo nº 10920.900376/2011-59

Voto

Conselheiro Marcos Roberto da Silva, Relator.

Da competência para julgamento do feito

O presente colegiado é competente para apreciar o presente feito, em conformidade com o prescrito no artigo 23B do Anexo II da Portaria MF nº 343, de 2015, que aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais RICARF, com redação da Portaria MF nº 329, de 2017.

Conhecimento

O recurso voluntário é tempestivo, entretanto será necessário adentrar nos requisitos formais e materiais para aferição da sua admissibilidade.

A discussão de mérito objeto da presente demanda versa sobre pedido de ressarcimento das contribuições para o PIS/COFINS não-cumulativos decorrentes de operações da Recorrente com o mercado externo no qual a fiscalização detectou divergências entre informações constantes do DACON e dos registros contábeis quando da apropriação dos créditos efetuada pelo método do rateio proporcional.

Sinteticamente, a fiscalização identificou a inclusão na base de cálculo de registros não passíveis de creditamento, tais como: a) Serviços de Engenharia; b) Serviços de Manutenção; c) Aquisições de Combustíveis; d) Despesas de mão-de-obra; e) Despesas de Aluguéis de Equipamentos; f) Pagamentos à Administração do Porto; g) Despesas com Frete; h) Devoluções; i) Encargos de Depreciação de Bens do Ativo Imobilizado.

Na Manifestação de Inconformidade foram apresentados argumentos atinentes ao conceito de insumos para fins de aproveitamento de créditos de PIS/COFINS bem como apontou as supostas deficiências da fundamentação apresentada pela fiscalização para proceder as glosas acima listadas. Requerendo, por fim, o reconhecimento do direito creditório.

Conforme já disposto no Relatório acima, a DRJ julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade e não reconheceu o direito creditório pelos fundamentos esposados na Ementa reproduzida.

Apesar de estarmos diante de uma discussão afeta ao conceito de insumos das contribuições para o PIS/COFINS, a interessada apresenta um Recurso Voluntário no qual constam argumentos totalmente diversos do tema aqui resumidamente apresentado. Vejamos o que consta do referido recurso.

Inicialmente a interessada apresenta uma introdução afeta ao acórdão recorrido, vejamos:

RECURSO VOLUNTÁRIO

Em razão do acórdão nº 07-42.687 proferido pela 4ª Turma de Julgamento da DRJ de Florianópolis/SC, a qual julgou improcedente em 24/10/2018, a Manifestação de Inconformidade apresentada pela Recorrente, cuja ciência se deu em 30/10/2018.

Deste modo, requer desde já o seu recebimento com efeito suspensivo, também com fulcro no art. 33 do Decreto 70.235/72, conforme razões em anexo, bem como a reconsideração da decisão anteriormente proferida, ou caso assim não entendido, que seja o presente remetido ao órgão competente para julgamento em instância superior, qual seja, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). /

Posteriormente apresenta uma breve sinopse fática, também afeta ao processo:

I – SINOPSE FÁTICA

Trata-se de despacho decisório homologando parcialmente o pedido de compensação de créditos de PIS, referente ao 2º trimestre de 2009, formulado pela empresa WRC Operadores Portuários S/A, no PER/DCOMP 38970.70985.271109.1.3.08-0920, bem como não homologando a compensação referente ao PER/DCOMP 34006.81049.290110.1.3.08-0290. Além de informar que não há créditos a serem ressarcidos vinculados ao PER/DCOMP 18884.61984.301009.1.1.08-4705.

Os fundamentos utilizados pela AFRFB nos autos nº 10920.722131/2011-84, para a glosa dos créditos decorreu do fato da impossibilidade da empresa se creditar das contribuições ao PIS e/ou COFINS com despesas sobre:

Entretanto, a partir de então, os argumentos de defesa constantes do Recurso Voluntário foram totalmente desconexos com a matéria objeto da lide. Por todas as demais 28 páginas do recurso são apresentadas considerações para o enfrentamento de um auto de infração de multa aduaneira por prestação extemporânea de informações sobre veículo e cargas nele transportadas. As razões recursais apresentadas foram as seguintes: a) ilegitimidade passiva do agente marítimo; b) ausência de conduta dolosa pelo mandatário a luz do art. 137 do CTN; c) denúncia espontânea e necessidade de apreciação e tratamento equitativo na seara administrativa. Requerendo ao fim que seja recebido e processado o presente recurso, julgando-o procedente, reconhecendo a nulidade do auto de infração ou, alternativamente, que seja reconhecida a denúncia espontânea.

Diante de todo o contexto acima descrito, percebe-se notadamente uma ausência de razões de defesa compatíveis com o conteúdo de todo o processo, especialmente em contraposição à decisão de primeira instância.

Neste sentido, deve ser considerada não impugnada as matérias que não tenham sido expressamente contestadas pela recorrente, ou seja, que não tenha sido pontualmente contraditadas. No presente processo não houve enfrentamento direto das questões de fato ou de direito que deu ensejo à decisão administrativa recorrida. A propósito, o Decreto nº 70.235/72,

que dispõe sobre o Processo Administrativo Fiscal, deixa cristalino este posicionamento em seu art. 17:

“Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.”

Conclusão

Diante do exposto, voto no sentido de não conhecer do Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Marcos Roberto da Silva