



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

Processo nº 15868.001644/2009-39
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3201-003.216 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de outubro de 2017
Matéria Cofins
Recorrente BRACOL HOLDING LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/03/2006

MPF. AUSÊNCIA DE NULIDADE.

O Mandado de Procedimento Fiscal - MPF é instrumento de controle administrativo e de informação ao contribuinte. Eventuais omissões ou incorreções do MPF não são causa de nulidade do auto de infração.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. EXIGÊNCIA DE PROVA.

Não pode ser aceito para julgamento a simples alegação sem a demonstração da existência ou da veracidade daquilo alegado.

DILIGÊNCIA. INDEFERIMENTO.

Não se justifica a diligência para apurar informações quando os documentos e fatos constantes do processo são suficientes para convencimento do julgador.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA

Não há que se cogitar em nulidade do lançamento de ofício quando, no decorrer da fase litigiosa do procedimento administrativo é dada ao contribuinte a possibilidade de exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa.

HOMOLOGAÇÃO TÁCITA. INOCORRÊNCIA

Ocorre a homologação tácita das compensações requeridas no lapso de 5 (cinco) anos a partir da solicitação.

COMPENSAÇÃO DE PAGAMENTO INDEVIDO OU A MAIOR. EXIGÊNCIA DE CRÉDITO LÍQUIDO E CERTO.

O crédito decorrente de pagamento indevido ou a maior somente pode ser objeto de indébito tributário, quando comprovado a sua certeza e liquidez.

INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS TRIBUTÁRIAS.
INCOMPETÊNCIA. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 2 DO CARF.

Este Colegiado é incompetente para apreciar questões que versem sobre constitucionalidade das leis tributárias.

BASE DE CÁLCULO. CRÉDITO PRESUMIDO.

O percentual a ser utilizado para apuração dos créditos presumidos é de 60% (sessenta por cento) a todos os insumos utilizados nos produtos referidos no art. 8º, § 3º, inciso I da Lei nº 10.925/2004.

NÃO CUMULATIVIDADE. RESSARCIMENTO DE SALDO CREDOR.
ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS. VEDAÇÃO LEGAL.

O artigo 15, combinado com o artigo 13, ambos da Lei nº 10.833, de 2003, vedam expressamente a aplicação de qualquer índice de atualização monetária ou de juros para ressarcimento de PIS e COFINS.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao recurso voluntário.

Winderley Moraes Pereira - Presidente Substituto e Relator.

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros: Winderley Moraes Pereira, Tatiana Josefovich Belisário, Paulo Roberto Duarte Moreira, Pedro Rinaldi de Oliveira Lima, Leonardo Vinicius Toledo de Andrade e Marcelo Giovani Vieira.

Relatório

Por bem descrever os fatos adoto, com as devidas adições, o relatório da primeira instância que passo a transcrever.

Trata o presente processo de Manifestação de Inconformidade contra Despacho Decisório não homologatório (fls.108/112) do Pedido de Ressarcimento nº 34091.74967.020606.1.1.09-0869 (fls.7/8) de créditos de COFINS do 1º Trimestre de 2006, no valor original de R\$ 16.583.575,89 (Dezesseis milhões, quinhentos e oitenta e três mil, quinhentos e setenta e cinco reais e oitenta e nove centavos) para ser compensado com débitos informados nas DCOMP nº 10875.41201.310708.1.3.09-0427 (fls.11) e nº 15215.85305.310706.1.3.09-2449 (fls.15).

A análise foi fundamentada no resultado do procedimento fiscal ocorrido na reclamante com o escopo de verificar a regular apuração e recolhimento do PIS e da COFINS, nos períodos de 10/2004 a 03/2006.

O Relatório da Fiscalização (fls. 88/100) concluiu pela glosa de parte dos créditos apurados pelo contribuinte a partir de nova apuração realizada (fls.52/84), tendo em vista o contribuinte não ter apresentado a memória de cálculo. Assim, o trabalho de auditoria concluiu em princípio pela existência de saldo de créditos de COFINS, passível de Ressarcimento, após o desconto dos créditos apurados num total de R\$ 35.942.631,16 (Trinta e cinco milhões, novecentos e quarenta e dois mil, seiscentos e trinta e um reais e dezesseis Processos 15868.001644/2009-39 centavos) do montante da contribuição devida no trimestre de R\$ 31.050.380,24 (Trinta e um milhões, cinquenta mil, trezentos e oitenta reais e vinte e quatro centavos).

O Despacho Decisório (fls.108/112) foi prolatado com base nos levantamentos efetuados e na nova apuração da COFINS contidas no Relatório Fiscal (fls.88/100). Entretanto, contrariando a conclusão dos trabalhos da fiscalização, o Despacho Decisório não reconheceu direito a crédito passível de ressarcimento após identificar que os créditos presumidos - agroindústria foram calculados com a alíquota incorreta de 4,56% (60% de 7,6%), quando deveria ter sido aplicada a alíquota de 2,66% (35% de 7,6%).

Em relação as demais glosas não houve qualquer retificação do trabalho da fiscalização no Parecer que consubstanciou o Despacho Decisório.

Identificado o erro na alíquota aplicada, mais uma vez foi refeita a apuração dos créditos pela Equipe Especial de Auditoria da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária em São Paulo - EQAUD (fls.105/107).

Com a nova apuração, não restou saldo de crédito passível de ressarcimento. A ciência do Despacho Decisório ocorreu através da Intimação da EQAUD (fls. 113), em 14/06/2011 conforme Ar-Aviso de Recebimento às fls.114.

Irresignado com o indeferimento do Pedido de Ressarcimento, o contribuinte apresentou tempestivamente Manifestação de Inconformidade em 08/07/2011 (fls.115). Na alegação dos fatos o contribuinte informa em síntese que:

1) Protocolou Pedido de Ressarcimento de Créditos da Contribuição para Seguridade Social - COFINS – exportação, apurados no 1º Trimestre de 2006;

2) O indeferimento do Pedido de Ressarcimento foi prolatado pela DIORT/DERAT/SPO.

Na parte II – O Direito, o contribuinte alegou em síntese que:

1) O Despacho Decisório deve ser cancelado por ter sido emitido após o encerramento da fase instrutória de apuração do ressarcimento, sem intimação do contribuinte, desrespeitando a formalidade prescrita no art. 44 da Lei nº 9.784/99, procedimento essencial a sua validade;

2) O dispositivo citado garante a recorrente o direito de se manifestar, no prazo de 10 dias da instrução realizada pela fiscalização, especialmente para fazer suas observações e

apresentar razões para garantir a apreciação do seu Pedido de Ressarcimento;

3) Reitera sua intenção de apresentar todos os documentos fiscais e esclarecimentos que se fizerem necessários, estando os mesmos já à disposição da fiscalização no seu estabelecimento e que suportará consideráveis prejuízos por ter considerado o recebimento do direito creditório na definição do preço de exportação das mercadorias que foram exportadas;

4) Sendo a Recorrente uma das maiores empresas do setor do agronegócio brasileiro, como poderia a fiscalização entender que não teria nenhum crédito da contribuição para o COFINS no período do 1o Trimestre de 2006 ?;

5) Pelo entendimento dos AFRFs a Recorrente não teria nenhum direito e como isto pode ser admitido como válido considerando a impossibilidade da Recorrente exercer sua atividade sem adquirir insumos e serviços que garantem direito ao crédito ?;

6) Tais fatos demonstram a falta de razoabilidade do posicionamento dos AFRFs porque simplesmente negaram tais fatos de forma integral, algo que contraria a razoabilidade das coisas e até todos os documentos que foram apresentados pela Impugnante;

7) Considerando isto, jamais poderia ter sido indeferido o Pedido de Ressarcimento, porque a fiscalização deveria ter continuado com as diligências no estabelecimento da Recorrente;

8) O Despacho Decisório merece ser cancelado por ter sido lavrado com base em um levantamento fiscal precário, por ter entre outros motivos, desconsiderado todos os documentos da Recorrente;

9) Como poderia ter o seu pedido de ressarcimento parcialmente desconsiderado pelos AFRFs sem uma justificativa plausível e demonstração da totalidade dos créditos não serem legítimos ?

10) Com fundamento no Princípio da Verdade Material, a Recorrente apresenta alguns documentos que comprovam o seu direito creditório e regularidade de suas operações, bem como requer diligência e perícia para que seja apurado a existência do seu direito creditório;

11) Nesta Manifestação a empresa está juntando alguns documentos comprobatórios do direito creditório porque, vários outros, por serem em grande quantidade, estão à disposição no seu estabelecimento.

12) Deve ser considerado por este juízo que a Impugnante possui direito ao Crédito da contribuição para COFINS por adquirir insumos tributados no mercado interno, como pode ser verificado na Planilha de Apuração anexa cujo resultado remonta R\$ 16.583.575,89 (dezesseis milhões, quinhentos e oitenta e três mil, quinhentos e setenta e cinco reais e oitenta e nove centavos) (doc. 03) (fls.148);

13) Também estão sendo anexadas três Notas Fiscais exemplificativas de aquisição de insumos no 1o Trimestre de 2006 para demonstrar que a Recorrente efetivamente adquiriu mercadorias como algo desconsiderado pela fiscalização (doc. 05) (fls.176/178);

14) O Despacho Decisório retificou a apuração do crédito presumido – atividade agroindustrial - que havia considerado a alíquota de 60% (sessenta por cento) incidente sobre a alíquota de 7,6% (4,56%) prevista no inciso I, do parágrafo 3º, do art. 8º

da Lei nº 10.925/2004, para aplicar a alíquota de 35% (trinta e cinco por cento) incidente sobre a alíquota de 7,6% (2,66%) prevista no inciso II do mesmo dispositivo, o que não merece ser admitido porque conforme a redação do supracitado inciso I a impugnante possui o direito de calcular o crédito presumido considerando produzir produtos de origem animal classificados nos capítulos de 2 a 4 da TIPI – Tabela de Incidência do Imposto sobre produtos Industrializados.

15) Entende assim, porque considerando a realização de saídas de produtos capitulados em tais capítulos possui o direito de utilizar a alíquota de 60%;

16) A autoridade fiscal fundamentou seu posicionamento na Instrução Normativa nº 660/2006, que considera que o produto que indica a porcentagem do crédito presumido é o insumo, desconsiderando que a redação do supracitado parágrafo 3º indica como produto aquele produzido pela empresa que usará o crédito presumido;

17) Caso os argumentos acima não sejam suficientes para o cancelamento do Despacho Decisório, este também não merece ser mantido porque a IN nº 660/2006 foi publicada posteriormente a geração do crédito e deve ser aplicado no presente caso o princípio da irretroatividade da lei tributária que proíbe a cobrança de tributos em relação a fatos antes do início da vigência que o houver instituído;

18) No presente Despacho Decisório o AFRFB utilizou-se da regulamentação prevista na instrução Normativa nº 660/2006 para aplicação do artigo nº 8 da Lei nº 10.925/2004, portanto a lei esta retroagindo para alcançar os fatos ocorridos no período do Pedido de Ressarcimento que alberga os meses de janeiro a fevereiro de 2006;

19) A Recorrente também tem o direito ao ressarcimento com a incidência da SELIC, da data do protocolo do Pedido de Ressarcimento até o seu efetivo ressarcimento e/ou compensação, por ser um índice de atualização monetária;

20) O r. Despacho Decisório também deve ser reformado porque não homologou as compensações que já haviam sido homologadas tacitamente nos termos do artigo 74, §5º da Lei nº 9.430, de 31 de dezembro de 1996.

Na parte IV (fls.129), a Recorrente pede que seja acolhida a presente Manifestação de Inconformidade para ser cancelado o r. Despacho Decisório para que esta DD. DRJ reconheça o direito creditório pleiteado no Pedido de Ressarcimento formulado pela Recorrente e a homologação das compensações correspondentes ao crédito reconhecido.

Requer, ainda, o reconhecimento da suspensão da exigibilidade do crédito tributário de todos os débitos vinculados às compensações relacionadas a estes autos até a decisão final quanto ao pedido de ressarcimento.

Requer, por fim, que também sejam intimados de todas as decisões proferidas nestes autos os advogados signatários da presente no seguinte endereço: Av. Brigadeiro Faria Lima nº 2012, 5o andar, São Paulo -SP.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento negou provimento as alegações da Recorrente, mantendo integralmente o despacho decisório. A decisão da DRJ foi assim ementada:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/03/2006

DIREITO AO RESSARCIMENTO DE CRÉDITOS. ÔNUS DA PROVA DO CONTRIBUINTE.

Sendo benefício de natureza exoneratória, o desconto de créditos apurados sobre o valor de bens e serviços utilizados como insumos, deve ser comprovados de forma inequívoca pelo contribuinte.

CRÉDITO PRESUMIDO. ATIVIDADE AGROINDUSTRIAL. ALÍQUOTA APLICÁVEL.

A alíquota prevista em lei para apuração dos créditos de insumos aplicados na atividade agroindustrial incide sobre o valor dos produtos adquiridos, sendo definida de acordo com o capítulo da TIPI no qual estão inseridos.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/03/2006

DIREITO DE DEFESA. CERCEAMENTO. INOCORRÊNCIA.

Não se configura cerceamento do direito de defesa a falta de intimação ao contribuinte para se manifestar no curso da ação fiscal, estando garantido seu direito de defesa com a ciência do lançamento, por meio da impugnação.

SELIC.

Incabível aplicação da Taxa Selic em processos de Ressarcimento por não se tratar de pagamento indevido.

HOMOLOGAÇÃO TÁCITA. INOCORRÊNCIA

Ocorre a homologação tácita das compensações requeridas no lapso de 5 (cinco) anos a partir da solicitação.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

Cientificada, a empresa interpôs recurso voluntário pedindo o cancelamento da decisão da DRJ, alegando que não foram apreciadas no acórdão a incompetência dos auditores, o fato dos documentos da empresa estarem a disposição da Fiscalização e o levantamento fiscal precário realizado pela Autoridade Fiscal. No mérito reafirmam o direito ao ressarcimento, alegam a correição na aplicação do percentual de 60% (sessenta por cento) para cálculo do crédito presumido e pede a correção dos créditos pela taxa Selic desde o protocolo do pedido de ressarcimento e repisa os argumentos já apresentados em sede de manifestação de inconformidade.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Winderley Morais Pereira, Relator.

O recurso é voluntário e tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, merecendo, por isto, ser conhecido.

Inicialmente, por tratar de questão preliminar, merecem análise as alegações contra a decisão da DRJ sobre a falta de apreciação dos argumentos da impugnação e de cerceamento do direito de defesa. Quanto a estas matérias não merece prosperar o recurso. A auditoria dos pedidos de compensação e a lavratura do auto de infração foram realizadas dentro das normas legais e atendeu todos os requisitos previstos na legislação para a formalização do lançamento tributário, apreciando todas as provas apresentadas pela Recorrente, descrevendo todos os procedimentos adotados e os fundamentos e motivações para a exigência fiscal. Sendo o contribuinte intimado do teor das conclusões do trabalho fiscal e do Auto de Infração, apresentando impugnação e posteriormente recurso voluntário, portanto, não há que se falar em cerceamento do direito de defesa ou qualquer vício que ensejaria a nulidade do procedimento.

Com todo este histórico de discussão administrativa, não se pode falar em cerceamento de direito de defesa. Todo o procedimento previsto no Decreto 70.235/72 foi observado, tanto quanto ao lançamento tributário, bem como, o devido Processo Administrativo Fiscal.

Quanto a alegação que não teria sido enfrentado na decisão da primeira instância as matérias referente a incompetência dos Auditores Fiscais. A decisão de piso enfrentou em diversos pontos a matéria quando tratou das alegações de irregularidades no MPF e ainda tratou especificamente da competência dos Auditores Fiscais para realização do procedimento fiscal, conforme se verifica no trecho abaixo extraído do voto condutor da decisão da DRJ.

Portanto, também não se justifica a alegação da requerente de que somente o Delegado da Derat teria competência para prolatar decisão referente a seu pedido, pois o superintendente regional pode transferir as competências e atribuições entre as unidades da RFB de sua jurisdição, como aconteceu no caso em questão com a edição da Portaria IV 34, de 2008, a fls. 32 e 33.

Portanto, não procede a alegação da ausência de enfrentamento da matéria pela decisão de Piso.

Quanto a alegação que os Auditores-Fiscais lotados na Unidade da Receita Federal na cidade de Araçatuba não teriam competência para a constituição do Crédito tributário, em razão de supostas irregularidade no Mandado de Procedimento Fiscal – MPF. Entendo que também nesta matéria não assiste razão ao recurso

Para elucidar o assunto, transcrevo o art. 6º da Lei nº 10.593, de 6 de dezembro de 2002, que confirma a competência do Auditor-Fiscal da Receita Federal para elaborar e proferir decisões acerca de pedidos de restituição de tributos federais.

“Art. 6º São atribuições dos ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil

I - no exercício da competência da Secretaria da Receita Federal do Brasil e em caráter privativo

a) constituir, mediante lançamento, o crédito tributário e de contribuições;

b) elaborar e proferir decisões ou delas participar em processo administrativo-fiscal, bem como em processos de consulta, restituição ou compensação de tributos e contribuições e de reconhecimento de benefícios fiscais;

c) executar procedimentos de fiscalização, praticando os atos definidos na legislação específica, inclusive os relacionados com o controle aduaneiro, apreensão de mercadorias, livros, documentos, materiais, equipamentos e assemelhados;

d) examinar a contabilidade de sociedades empresariais, empresários, órgãos, entidades, fundos e demais contribuintes, não se lhes aplicando as restrições previstas nos arts. 1.190 a 1.192 do Código Civil e observado o disposto no art. 1.193 do mesmo diploma legal;

e) proceder à orientação do sujeito passivo no tocante à interpretação da legislação tributária;

f) supervisionar as demais atividades de orientação ao contribuinte; “

O questionamento sobre as limitações ao poder do Auditor-Fiscal da Receita Federal impostas pelo Mandado de Procedimento Fiscal, não trazem melhor sorte a Recorrente. O Mandato de Procedimento Fiscal foi instituído pela Receita Federal como um instrumento administrativo não tendo o condão de servir de limitador do trabalho fiscal. O conhecimento das atividades envolvidas na fiscalização é feito por meio de Intimações e outros documentos com ciência do fiscalizado, sendo o Auditor Fiscal a autoridade competente para o lançamento e quaisquer documentos lavrados pelo Auditor Fiscal de forma conjunta ou isolada possui todos os requisitos de legalidade necessários para produzir seus efeitos no ordenamento jurídico.

No mesmo entendimento ora exposto, caminha o voto do e. conselheiro Walber José da Silva, emitido no Acórdão nº 3302.00.60 da Terceira Seção do CARF, que peço vênia para incluir e fazer parte das minhas razões de decidir.

“O MPF foi disciplinado pela Portaria SRF 1.265/1999, com as alterações incluídas pelas Portarias SRF nº 1.614/2000, nº 407/2001, nº 1.020/2001, compilada na Portaria nº 3.007/2001 e, atualmente, na Portaria SRF nº 6.087/2005.

O referido mandado consiste em uma ordem administrativa, emanada de dirigentes das unidades da Receita Federal do Brasil para que seus auditores executem as atividades fiscais, tendentes a verificar o cumprimento das obrigações tributárias por parte do sujeito passivo.

Sendo, portanto, o MPF um instrumento interno de planejamento e gerência das atividades de fiscalização, praticado por autoridade competente (Coordenador, Superintendente,

Delegado ou Inspetor, conforme o caso) e dirigido ao Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil. Eventuais irregularidades verificadas no seu trâmite, ou mesmo na sua emissão ou prorrogação, não têm o condão de invalidar o auto de infração decorrente do procedimento fiscal relacionado, conforme determinação expressa do art. 16 da Portaria SRF 6.087/2005, abaixo reproduzido:

Art. 15. O MPF se extingue:

I - pela conclusão do procedimento fiscal, registrado em termo próprio;

II - pelo decurso dos prazos a que se referem os arts. 12 e 13.

Art. 16. A hipótese de que trata o inciso lido artigo anterior não implica nulidade dos atos praticados, podendo a autoridade responsável pela emissão do Mandado extinto determinar a emissão de novo MPF para a conclusão do procedimento fiscal.

Parágrafo único. Na emissão do novo MPF de que trata este artigo, não poderá ser indicado o mesmo AFRF responsável pela execução do Mandado extinto.

Cabe ressaltar, no que toca à ciência do MPF, que a necessidade de cientificar o contribuinte da existência do instrumento prende-se tão somente a questões relacionadas à segurança do sujeito passivo contra pseudo-ações fiscais que poderiam ocorrer. Assim, o contribuinte pode, por precaução, praticar as medidas que julgar pertinentes para sua segurança durante o procedimento de fiscalização, enquanto não lhe for apresentado o MPF correspondente.

Contudo, tratando-se os eventuais vícios relativos ao uso do MPF de meras irregularidades formais, sabe-se que estas, quando supríveis, não podem elidir a atividade regradada e obrigatória do lançamento de ofício.

Nesse sentido, é importante reproduzir a Lei nº 9.784/1999, art. 55, que assim preconiza:

"Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração". Por sua vez, o Decreto nº 70.235/1972, art. 60, é redigido nos seguintes termos:

"Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio".

É imprescindível destacar que o regramento acerca do Mandado de Procedimento Fiscal não se sobrepõe à atividade vinculada e obrigatória a que estão submetidos os agentes tributários. A obrigatoriedade do lançamento tributário, sob pena de

responsabilidade funcional, constatada irregularidade cometida pelo sujeito passivo da obrigação tributária, deflui do Código Tributário Nacional, arts. 3º e 142, §único, conforme transcrição a seguir.

"Art. 3º. Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada".

"Art.142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, (..)Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional".

Ainda no que diz respeito ao MPF, ressalte-se que tem se sedimentado nos extintos Conselhos de Contribuintes, entendimento no mesmo sentido, isto é, sendo o MPF instrumento de mero controle administrativo, eventuais irregularidades em sua emissão ou utilização não têm o condão de macular o auto de infração. Citam-se as seguintes ementas extraídas do repertório daquele tribunal:

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - MPF atividade de seleção do contribuinte a ser fiscalizado, bem assim a definição do escopo da ação fiscal, inclusive dos prazos para a execução do procedimento, são atividades que integram o rol dos atos discricionários, moldados pelas diretrizes de política administrativa de competência da administração tributária.

Neste sentido, o MPF tem tripla função: a) materializa a decisão da administração, trazendo implícita a fundamentação requerida para a execução do trabalho de auditoria fiscal, b) atende ao princípio constitucional da cientificação e define o escopo da fiscalização e c) reverencia o princípio da pessoalidade.

Questões ligadas ao descumprimento do escopo do MPF, inclusive do prazo e das prorrogações, devem ser resolvidas no âmbito do processo administrativo disciplinar e não têm o condão de tornar nulo o lançamento tributário que atendeu aos ditames do art. 142 do CTN. (Ac. 1º CC nº107-06820, sessão de 16/10/2002, Relator Luiz Martins Valero)

NULIDADE - INOCORRÊNCIA - MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - O MPF constitui-se em elemento de controle da administração tributária, disciplinado por ato administrativo. A eventual inobservância da norma infra-legal não pode gerar nulidades no âmbito do processo administrativo fiscal. (Ac. 1º CC nº 108-07079, Sessão de 22/08/2002, Relator Luiz Alberto Cava Maceira)

MPF - O Mandado de Procedimento Fiscal, é mero instrumento interno de planejamento e controle das atividades e procedimentos fiscais, não implicando nulidade dos procedimentos fiscais as eventuais falhas na emissão e trâmite desse instrumento. (Ac. nº 105-14070, Sessão de 19/03/2003, Relator Nilton Pess)

PRELIMINAR - NULIDADE - MPF - É de ser rejeitada a nulidade do lançamento, por constituir o Mandado de Procedimento Fiscal elemento de controle da administração tributária, não influenciando na legitimidade do lançamento tributário (Ac. nº106-12941, Sessão de 16/10/2002, Relator Luiz Antonio de Paula).

NORMAS PROCESSUAIS - VÍCIO A ENSEJAR A DECRETAÇÃO DA NULIDADE DO LANÇAMENTO - O vencimento do prazo do Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) não se constitui hipótese legal de nulidade do lançamento. Recurso de ofício provido, determinando que, ultrapassada a preliminar de nulidade do lançamento, deve a autoridade julgadora a quo continuar o julgamento do mesmo quanto ao seu mérito (Ac. nº 201-76449, Sessão 19/09/2002, Relator Gilberto Cassui)”

Prossegue o recurso, trazendo a alegação que as conclusões da fiscalização estariam ferindo princípios constitucionais. Quando a esta matéria, este colegiado não pode se manifestar, diante da emissão da súmula nº 2 do CARF, publicada no DOU de 22/12/2009, que veda o pronunciamento sobre constitucionalidade de lei tributária.

“Súmula CARF nº 2

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”

Quanto a alegação de homologação tácita, nos termos bem detalhados na decisão da primeira instância, a Declaração de Compensação mais antiga foi apresentada em 10/08/2005 (fls. 129 a 130) e a ciência do despacho decisório ocorreu em 26/02/2010 (fl. 141) prazo inferior aos 5 (cinco) anos previstos para a homologação tácita. Portanto, não procede a alegação da Recorrente quanto a homologação tácita.

Com relação ao mérito da lide, a recorrente teceu argumentos genéricos, alegando que o trabalho da auditoria foi superficial e baseou-se em indícios e não fatos. Analisando os termos de verificação fiscal que constam do processo, observa-se que a autoridade autuante detalhou todos os procedimentos fiscais adotados durante a fiscalização.

A observação do procedimento adotado pela Fiscalização mostra as diversas intimações e pedidos de esclarecimentos e mesmo diante de todas as tentativas, a Recorrente não apresentou os documentos e as informações necessárias à comprovação dos créditos alegados. Diante de todos estes procedimentos e intimações, a não apresentação de esclarecimentos não pode ensejar, como deseja a recorrente, a definição do trabalho como superficial e baseado apenas em indícios. A fiscalização atuou de forma diligente e dentro dos procedimentos legais. A recorrente, apesar de todo o tempo decorrido, não apresentou os documentos ou esclarecimentos necessários durante o trabalho de fiscalização ou mesmo quando apresentou a impugnação ou o recurso voluntário.

A exigência de liquidez e certeza dos créditos sempre foi condição sine qua non, para a compensação. Autorizar a compensação com créditos pendentes de certeza e liquidez é inaplicável.

A comprovação dos créditos pleiteados necessita de prova clara e inconteste. No caso em tela, o contribuinte alega a existência do indébito tributário, sem apresentar provas a comprovar as suas alegações.

A autoridade fiscal tem o ônus da comprovação dos fatos quando da realização do lançamento tributário. Entretanto, estamos tratando de caso diverso. O despacho foi motivado por falta de comprovação do crédito alegado pela Recorrente. A modificação da decisão recorrida, somente poderia ocorrer com a comprovação da existência do crédito. A simples alegação sem a apresentação de documentação comprobatória não é suficiente para alterar o despacho decisório que não homologou o pedido de compensação, muito menos, obrigar a Fiscalização da Receita Federal que promova a busca das provas necessárias à comprovação das alegações constantes do recurso.

Analisando a situação da necessidade da prova, lembro a lição de Humberto Teodoro Júnior. “Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados dos quais depende a existência de um direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente.”¹

Ainda no mérito, quanto ao percentual aplicado ao crédito presumido, a matéria restou totalmente resolvida com a nova redação do § 10º do art, 8º da Lei nº 10,925/2004, incluído pela Lei nº 12,865/2013 que ficou assim redigido.

Art. 8º As pessoas jurídicas, inclusive cooperativas, que produzam mercadorias de origem animal ou vegetal, classificadas nos capítulos 2, 3, exceto os produtos vivos desse capítulo, e 4, 8 a 12, 15, 16 e 23, e nos códigos 03.02, 03.03, 03.04, 03.05, 0504.00, 0701.90.00, 0702.00.00, 0706.10.00, 07.08, 0709.90, 07.10, 07.12 a 07.14, exceto os códigos 0713.33.19, 0713.33.29 e 0713.33.99, 1701.11.00, 1701.99.00, 1702.90.00, 18.01, 18.03, 1804.00.00, 1805.00.00, 20.09, 2101.11.10 e 2209.00.00, todos da NCM, destinadas à alimentação humana ou animal, poderão deduzir da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, devidas em cada período de apuração, crédito presumido, calculado sobre o valor dos bens referidos no inciso II do caput do art. 3º das Leis nºs 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003, adquiridos de pessoa física ou recebidos de cooperado pessoa física. (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004) (Vigência) (Vide Lei nº 12.058, de 2009) (Vide Lei nº 12.350, de 2010) (Vide Medida Provisória nº 545, de 2011) (Vide Lei nº 12.599, de 2012) (Vide Medida Provisória nº 582, de 2012) (Vide Medida Provisória nº 609, de 2013) (Vide Medida Provisória nº 609, de 2013) (Vide Lei nº 12.839, de 2013) (Vide Lei nº 12.865, de 2013)

¹ Huberto Teodoro Júnior, Curso de Direito Processual Civil, 41ª ed., v. I, p. 387.

§ 1º O disposto no caput deste artigo aplica-se também às aquisições efetuadas de:

I - cerealista que exerça cumulativamente as atividades de limpar, padronizar, armazenar e comercializar os produtos in natura de origem vegetal classificados nos códigos 09.01, 10.01 a 10.08, exceto os dos códigos 1006.20 e 1006.30, e 18.01, todos da Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM); (Redação dada pela Lei nº 12.865, de 2013)

II - pessoa jurídica que exerça cumulativamente as atividades de transporte, resfriamento e venda a granel de leite in natura; e

III - pessoa jurídica que exerça atividade agropecuária e cooperativa de produção agropecuária. (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)

...

§ 10. Para efeito de interpretação do inciso I do § 3º, o direito ao crédito na alíquota de 60% (sessenta por cento) abrange todos os insumos utilizados nos produtos ali referidos. (Incluído pela Lei nº 12.865, de 2013)"(grifo nosso)

A observação do texto legal deixa sedimentado que o percentual a ser aplicado é de 60% (sessenta por cento) aos insumos utilizados nos produtos referidos no inciso I do § 3º art. 8º da Lei nº 10.925/2004.

Portanto, para esta matéria, assiste razão aos argumentos do recurso voluntário.

Por fim a Recorrente pede a correção dos créditos pela taxa Selic desde o protocolo do pedido de ressarcimento. Quanto a esta matéria existe vedação expressa para atualização monetária ou incidência de juros no aproveitamento do crédito de PIS e Cofins não cumulativos, nos termos do art. 13 e 15 da Lei nº 10833/2003

Art. 13. O aproveitamento de crédito na forma do § 4º do art 3º, do art. 4º e dos §§ 1º e 2º do art. 6º, bem como do § 2º e inciso II do § 4º e §5º do art. 12, não ensejará atualização monetária ou incidência de juros sobre os respectivos valores.

...

Art. 15. Aplica-se à contribuição para o PIS/PASEP não-cumulativa de que trata a Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, o disposto nos incisos I e lido § 3º do art. 1º, nos incisos VI, VII e IX do caput e nos §§ 1º, incisos II e III, 10 e 11 do art. 3º, nos §§ 3º e 4º do art. 6º, e nos arts. 7º, 8º, 10, incisos XI a XIV, e 13.

Portanto, pela regra acima reproduzida, é vedada a aplicação da taxa Selic ao valor do crédito de PIS e de Cofins não cumulativos.

Diante do exposto, voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso voluntário para aplicar o percentual de 60% aos créditos presumidos referente aos insumos utilizados nos produtos referidos no inciso I do § 3º art. 8º da Lei nº 10.925/2004.

Winderley Moraes Pereira