



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

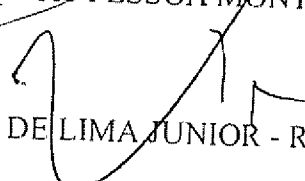
Processo nº 19647.005316/2005-33
Recurso nº 168088 Voluntário
Acórdão nº 1102-00.312 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 02 de setembro de 2010
Matéria COFINS
Recorrente Asa Indústria e Comércio Ltda
Recorrida DRJ- Recife/PE

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL: A lei autoriza a prorrogação do MPF de forma automática, através de registro por meio eletrônico, disponível pela rede mundial de computadores – a Internet, conforme se verifica no §1º do artigo 13 da IN SRF Nº 3.007/2001

ÔNUS DA PROVA. Cabe à defesa o ônus da prova dos fatos modificativos, extintivos ou impeditivos da pretensão fazendária.

ACORDAM os Membros da Segunda Turma Ordinária da Primeira Câmara da Primeira Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso e determinar a suspensão do crédito tributário até o julgamento das ações judiciais, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.


IVETE MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO - Presidente


JOÃO CARLOS DE LIMA JUNIOR - Relator

Editado em: 25 FEV 2011

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ivete Malaquias Pessoa Monteiro (Presidente da Turma), José Sérgio Gomes (Suplente convocado), João Otávio Opperman Thomé, João Carlos de Lima Junior (Vice-Presidente), Frederico de Moura Theophilo e Silvana Rescigno Guerra Barreto.

Relatório

Trata-se de auto de infração de COFINS lavrado pela Delegacia da Receita Federal de Recife/PE decorrente da insuficiência de recolhimento e declaração a menor em DCTF dos valores devidos da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS. O crédito tributário exigido, perfazia à época, o valor total de R\$ 2.348.658,01 (Dois milhões trezentos e quarenta e oito mil seiscentos cinquenta e oito reais e um centavo) incluindo juros e multa.

Segundo consta a autoridade fiscal analisou o cumprimento das obrigações acessórias da empresa, no período de 01 de janeiro de 2001 a 30 de junho de 2004, comparando os valores escriturados na contabilidade com os valores declarados em DCTF e/ou pagos pela empresa.

Do confronto dessas informações resultou um saldo de R\$ 1.057.496,44 (Um milhão cinquenta e sete mil quatrocentos e noventa e seis reais e quarenta e quatro centavos) recolhido a menor pelo contribuinte, conforme demonstrativo consolidado à fl. 395/421.

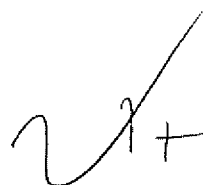
Inconformada com a autuação fiscal, a contribuinte apresentou impugnação às fls. 446/471 arguindo, em suma, que:

Preliminarmente vício no Mandado de Procedimento Fiscal, pois o MPF que delegou competência às autoridades fiscais já estavam extintos na lavratura do auto de infração. Arguiu que a última intimação do Mandado de Procedimento Fiscal ocorreu em 18/02/2005, com validade até 18/04/2005, enquanto que o auto de infração foi lavrado em 25/05/2005.

Aduziu que uma vez extinto o auto de infração, somente poderia haver novo reexame dos documentos fiscais da empresa, com a expressa autorização da autoridade hierarquicamente superior, nos termos do art. 906 do RIR/99.

Ainda em preliminar, pleiteou a nulidade do auto de infração por estar lastreado em base de cálculo equivocada haja vista que a diferença apurada foi calculada em conformidade com a Lei 9.718/98. Lei esta que considera inconstitucional por ampliar a base de cálculo do COFINS.

Concluiu as preliminares alegando que a fiscalização considerou alíquota majorada de 3% para calcular a contribuição do COFINS, ao invés de aplicar a alíquota de 2% que considera a mais correta, pois a Lei que a majorou (Lei 9.718/98) é Inconstitucional.



No mérito alegou que houve ampliação da base de cálculo do COFINS uma vez que, foram computados os valores relativos às vendas para empresas comerciais exportadoras ocorridas nos meses de junho a outubro de 2003, as quais são enquadradas como isentas para fins de tributação por expressa previsão legal.

Alegou, também, que as variações cambiais tem a natureza de mera atualização da moeda, em decorrência de tal característica, o resultado não deveria afetar ou influenciar o resultado do período computado para fins de tributação.

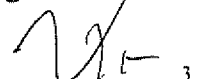
A Delegacia Regional de Julgamento de Recife/PE julgou procedente o lançamento tributário (Fls. 493/504), afastando a nulidade pleiteada por entender que o Mandado de Procedimento Fiscal é mero instrumento de controle administrativo da fiscalização, de modo que não há o que se falar em nulidade do lançamento em virtude de eventuais falhas na sua emissão. Além de inexistirem irregularidades quanto ao MPF, não se vislumbra qualquer outro vício que inquie o lançamento, vez que, estão presente os requisitos legais; somente se considera nulo o auto de infração quando praticado por pessoa incompetente ou com preterição do direito de defesa, fatos que não se encontram configurados no caso em comento.

Com relação à inconstitucionalidade da Lei 9.718/98, pleiteada em preliminar, a DRJ asseverou que não é matéria oponível na esfera administrativa de julgamento, uma vez que sua apreciação foge à alçada da autoridade administrativa de qualquer instância.

No mérito asseverou que a memória de cálculo apresentada para levantamento das Contribuições do PIS e COFINS fornecida pela própria empresa, nos meses de junho a outubro de 2003, não contém os valores na rubrica “exportação”, nem consta a rubrica “Venda à Comercial Exportadora”, que só aparece no exercício de 2004, período que não faz parte do presente lançamento. Ademais o contribuinte não apresentou provas substanciais que efetuou venda para exportação no período fiscalizado. Dessa forma os valores contestados não poderão ser excluídos da base de cálculo das contribuições.

Com relação à dedução das variações cambiais da base de cálculo da COFINS entendeu o julgador que não há previsão legal para a exclusão pleiteada, haja vista que o art. 9º da Lei 9.718 conceitua expressamente a variação monetária ativa como “Receita Financeira” e a inclui na base de cálculo do PIS e COFINS.

A impugnante apresentou recurso voluntário às fls. 615/655 onde, além de repetir os fundamentos apresentados na impugnação, pleiteou a anulação do julgamento de 1ª

 3

Instância por entender que a sessão de julgamento não foi instalada pela maioria dos julgadores.

Isso por que por ocasião da instalação e do julgamento da sessão estavam presentes 03 julgadores, entre eles um "Ad hoc", enquanto ausentes estavam mais 03 julgadores.

Alegou, ainda em preliminar de recurso voluntário, novo vício no MPF, pois a ciência da prorrogação ocorrida no dia 14 de outubro de 2004 foi assinada pelo funcionário Rodolfo de Souza este que, por sua vez, não detinha poderes para tanto, haja vista que a recorrente nomeou o Sr. Zilson Abreu Rodrigues como seu representante legal para atender todas as notificações e ciências relacionadas ao Termo de verificação fiscal.

No mérito, ampliou sua tese de defesa arguindo que a fiscalização incluiu o valor relativo ao ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, o que seria inconstitucional.

É o relatório.

Voto

Conselheiro JOÃO CARLOS DE LIMA JUNIOR, Relator.

O recurso preenche as condições de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

Com relação à arguição de que o Mandado de Procedimento Fiscal estava extinto na lavratura do auto de infração verifica-se que o dispositivo que rege o MPF autoriza a sua prorrogação de forma automática, através de registro por meio eletrônico, disponível pela rede mundial de computadores – a Internet, conforme se verifica no §1º do seu artigo 13 da IN SRF Nº 3.007/2001

Art. 13. A prorrogação do prazo de que trata o artigo anterior poderá ser efetuada pela autoridade outorgante, tantas vezes quantas necessárias, observado, em cada ato, o prazo máximo de sessenta dias, para procedimentos de fiscalização, e de trinta



dias, para procedimentos de diligência. (Redação dada pela Portaria SRF nº 1.468, de 06/10/2003)

§ 1º A prorrogação de que trata o caput far-se-á por intermédio de registro eletrônico efetuado pela respectiva autoridade outorgante, cuja informação estará disponível na Internet, nos termos do art. 7º, inciso VIII. (Redação dada pela Portaria SRF nº 1.468, de 06/10/2003)

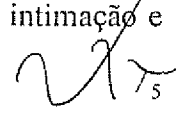
Através de consulta realizada pela internet verificamos que o MPF nº 0410100200400091 possui as seguintes prorrogações:

<i>MPF PRORROGADO ATÉ 28 DE JUNHO DE 2004</i>
<i>MPF PRORROGADO ATÉ 27 DE AGOSTO DE 2004</i>
<i>MPF PRORROGADO ATÉ 26 DE OUTUBRO DE 2004</i>
<i>MPF PRORROGADO ATÉ 25 DE DEZEMBRO DE 2004</i>
<i>MPF PRORROGADO ATÉ 23 DE FEVEREIRO DE 2005</i>
<i>MPF PRORROGADO ATÉ 24 DE ABRIL 2005</i>
<i>MPF PRORROGADO ATÉ 23 DE JUNHO DE 2005</i>

Dessa maneira, verifica-se que o MPF prorrogado, em conformidade com a legislação, tinha validade até o dia 23/06/2005. Assim, tendo sido o auto de infração lavrado em 25/05/2005 não há que se falar em vício no Mandado de Procedimento Fiscal, haja vista que o MPF estava em vigor na lavratura no auto de infração.

Da mesma forma não merece prosperar o vício alegado em sede de recurso voluntário referente à ciência da prorrogação do MPF, ocorrida no dia 14 de outubro de 2004, assinada pelo funcionário Rodolfo de Souza este que, por sua vez, não detinha poderes para tanto.

Isso porque, independente se o funcionário da empresa tinha ou não poderes de assinar a intimação, não houve prejuízo à contribuinte, a mesma respondeu tal intimação e



exerceu em todas as fases tanto do lançamento, quanto no processo administrativo, seu direito de defesa, respeitando o princípio do contraditório e da ampla defesa.

PRELIMINAR- VÍCIOS NA INTIMAÇÃO - Ainda que a ciência do Termo de Início da Fiscalização esteja assinada por funcionários sem poderes específicos para tanto, o fato de a empresa solicitar formalmente suspensão dos trabalhos de fiscalização caracteriza ratificação do ato praticado sem os poderes, conforme previsto no art. 1.296, parágrafo único do Código Civil de 19 IRPJ-LUCRO

Como preliminar de recurso voluntário a contribuinte pleiteou a anulação do julgamento de 1ª instância por entender que a sessão de julgamento não foi instalada pela maioria dos julgadores, contudo tal alegação também não merece prosperar, senão vejamos:

A portaria nº 58/2006 publicada pela SRF disciplina a constituição das turmas e o funcionamento das Delegacias da Receita Federal de Julgamento e aduz que as DRJ são constituídas por turmas de julgamento, cada uma com cinco julgadores.

Para haver a deliberação e julgamento é necessária a maioria simples dos julgadores e, caso não exista o quorum mínimo, cabe ao Delegado da DRJ designar julgador “ad hoc” para participar de sessão.

Art. 2º As DRJ são constituídas por turmas de julgamento, cada uma delas integrada por cinco julgadores.

Art. 4º O julgador será designado para mandato de até dois anos, com término no dia 31 de dezembro do ano subsequente ao da designação, admitida a recondução

§ 5º O Delegado da DRJ pode designar julgador ad hoc para participar de sessão específica em turma de julgamento, visando garantir o quorum mínimo de julgadores para a realização da sessão

Art. 13. Somente pode haver deliberação quando presente a maioria dos membros da turma, sendo essa tomada por maioria simples, cabendo ao presidente, além do voto ordinário, o de qualidade

Verifica-se que no julgamento de primeira instância participaram 03 julgadores, sendo uma relatora, uma presidente e uma “ad hoc”, respeitando assim, o quorum mínimo para deliberação da turma, o que afasta a nulidade pleiteada.



Vencidas as preliminares, passo a julgar o mérito.

Em que pese tenha adicionado à tese de defesa a argumentação de que a fiscalização incluiu o valor correspondente ao ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS, a contribuinte, tempo depois, apresentou desistência expressa relacionada a este assunto.

Com relação aos demais temas, a contribuinte alega em recurso voluntário que a Lei 9.718/98 que majorou a base de cálculo da COFINS de 2% para 3% é inconstitucional, contudo, conforme a Súmula nº 2 o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade da lei tributária, de forma que, deixo de apreciar essa matéria.

Súmula CARF Nº 2

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

A requerente aduz que a fiscalização majorou a base de cálculo do PIS/COFINS, pois considerou como receita bruta as vendas destinadas à exportação e as receitas financeiras decorrentes de variação cambial.

Contudo, inobstante a autorização legal para excluir da base de cálculo do PIS/COFINS as vendas destinadas à exportação e as receitas financeiras decorrentes de variação cambial, a argumentação não merece prosperar, senão vejamos:

Neste caso, a questão não se restringe a saber se pode ou não excluir tais receitas da base de cálculo do PIS/COFINS, mas sim se efetivamente ocorreram tais receitas.

Pois, no que diz respeito às vendas destinadas à exportação não existe documentação hábil que comprove que as vendas foram efetivamente destinadas à exportação e/ou comercial exportadora com fim específico para exportação.

Primeiramente verifica-se que na memória de cálculo apresentada pelo próprio contribuinte (fls. 123/177) não contém registros de venda para Exportação.



Ademais, analisando as notas fiscais apresentadas pelo contribuinte verifica-se que o CFOP utilizado nas vendas foi o 6.101 “Venda de produção do estabelecimento”, enquanto que o correto para as vendas destinada à comercial exportadora com o fim específico de exportação é o 6.501 “Remessa de produção do estabelecimento, com fim específico de exportação”.

E por último o decreto Lei nº 1.248/72 determina que para serem consideradas “vendas com o fim específico de exportação” as mercadorias devem ser diretamente remetidas do estabelecimento do produtor-vendedor para embarque de exportação por conta e ordem da empresa comercial exportadora e/ou depósito em entreposto, por conta e ordem da empresa comercial exportadora.

Art.1º - As operações decorrentes de compra de mercadorias no mercado interno, quando realizadas por empresa comercial exportadora, para o fim específico de exportação, terão o tratamento tributário previsto neste Decreto-Lei.

Parágrafo único. Consideram-se destinadas ao fim específico de exportação as mercadorias que forem diretamente remetidas do estabelecimento do produtor-vendedor para:

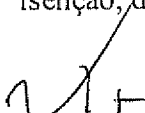
a) embarque de exportação por conta e ordem da empresa comercial exportadora;

b) depósito em entreposto, por conta e ordem da empresa comercial exportadora, sob regime aduaneiro extraordinário de exportação, nas condições estabelecidas em regulamento

Cumprе frisar que o contribuinte não apresentou nenhum documento que efetivamente comprovasse a exportações de tais mercadorias, limitou-se a apresentar notas fiscais que foram emitidas para empresa comercial exportadora, o que por si só, não comprova a efetiva exportação.

Como é cediço, a regra geral prevê que cabe à defesa o ônus da prova dos fatos modificativos, extintivos ou impeditivos da pretensão fazendária. Parte-se da premissa que toda afirmação precisa de sustentação, de provas para ser levada em consideração. Se tais provas e argumentos não são oferecidos, essa afirmação não tem valor argumentativo e deve ser desconsiderada.

Assim, o simples fato de emitir nota fiscal à comercial exportadora não comprova o fim específico de exportação que é condição “sine qua nom” para se obter a isenção, de forma que voto pela manutenção do lançamento.



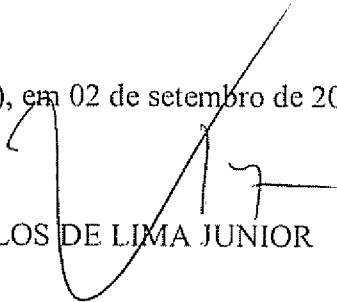
Com relação à incidência de PIS/COFINS sobre as variações cambiais deve-se trilhar o mesmo raciocínio, haja vista que, não se trata da possibilidade de inclusão ou não da variação cambial na base de cálculo do PIS/COFINS, mas sim da efetiva comprovação de que houve ou não variação cambial no período lançado.

Conforme afirmação do próprio contribuinte as variações cambiais são decorrentes das exportações via *tradings* ocorridas no período lançado. Se não ficou efetivamente comprovado que a empresa realmente exportou no período analisado não há que se falar em variação cambial decorrente dessas exportações. Ademais é necessário salientar que a empresa não trouxe nenhum documento que comprovasse tais variações, fato que poderia ser comprovada através das contas de resultados que estão no balancete.

Por todo o exposto, nego provimento ao presente recurso voluntário, mantendo o lançamento efetuado pela fiscalização.

É como voto.

Brasília (DF), em 02 de setembro de 2010.


JOÃO CARLOS DE LIMA JUNIOR