



Processo nº : 10410.004442/2002-27
Recurso nº : 128.402
Acórdão nº : 204-00.460

Recorrente : DRJ EM RECIFE – PE E INDÚSTRIA DE LATICÍNIOS PALMEIRA
DOS ÍNDIOS S/A - ILPISA
Interessada : DRJ em Recife -PE

NORMAS PROCESSUAIS. OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL. VIA ADMINISTRATIVA, DESISTÊNCIA. A opção pela via judicial configura-se desistência da via administrativa. Inexiste dispositivo legal que permita a discussão paralela da mesma matéria em instâncias diversas, a administrativa e judicial. A decisão administrativa seria inócua perante a judicial.

Recurso voluntário provido em parte.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. INOCORRÊNCIA. Somente serão nulos os atos e termos lavrados por pessoa incompetente ou com cerceamento do direito de defesa, conforme definido no inciso I do art. 59 do Decreto nº 70.235/72. A autuação está perfeitamente motivada e justificada, conforme demonstram o seu teor e os documentos que a acompanham, não tendo se caracterizado prejuízo ao direito de defesa do autuado.

REFIS. OPÇÃO. A opção do contribuinte ao Programa de Recuperação Fiscal importa na desistência da discussão do mérito da exigência fiscal, Lei nº 9.984/2001, e conseqüente renúncia ao recurso administrativo interposto.

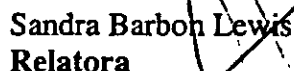
Recurso de ofício negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por DRJ EM RECIFE – PE E INDÚSTRIA DE LATICÍNIOS PALMEIRA DOS ÍNDIOS S/A - ILPISA.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos: I) em dar provimento parcial ao recurso, para determinar que sejam excluídos do lançamento os valores pertinentes aos créditos de IPI, ainda pendente de decisão judicial. O Conselheiro Flávio de Sá Munhoz apresentou declaração de voto; e II) em negar provimento ao recurso de ofício.

Sala das Sessões, em 10 de agosto de 2005.


Henrique Pinheiro Torres
Presidente


Sandra Barbon Lewis
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros, Jorge Freire, Nayra Bastos Manatta, Rodrigo Bernardes de Carvalho, Júlio César Alves Ramos e Gustavo de Freitas Cavalcanti Costa (Suplente).



Processo nº : 10410.004442/2002-27
Recurso nº : 128.402
Acórdão nº : 204-00.460

Recorrente : RECIFE – PE E INDÚSTRIA DE LATICÍNIOS PALMEIRA DOS
ÍNDIOS S/A - ILPISA

RELATÓRIO

Trata-se de diferenças no recolhimento do PIS, referente ao ano-calendário 31/01/1999 a 31/12/1999, 30/09/2000 a 30/04/2002, mantido pela primeira instância.

A Recorrente foi autuada por meio do Auto de Infração de fls.04/06, referente ao PIS – Programa de Integração Social.

Notificada da autuação, a Recorrente apresentou impugnação alegando, em síntese, preliminarmente a nulidade do auto de infração por não observância de normas atinentes ao MPF; por conter lançamento efetivado sobre tributo não circunscrito ao MPF complementar, que inicialmente se referia a IRPJ e tendo a autuação recaído sobre PIS e Cofins; existência de autorização judicial para utilização dos créditos do IPI, que por isso a compensação há de ser reconhecida como válida e autorizada. No mérito, aduziu adesão ao Refis; Pediu, ao final, o acolhimento da preliminar, anulando-se o auto de infração e no mérito a improcedência do lançamento.

A decisão de primeiro grau (fls. 511/531) manteve o lançamento, afastando, em parte, a pretensão da Recorrente pelos seguintes argumentos: excluiu da base de cálculo do PIS os períodos de 01/1999 a 11/1999, 09/2001 e de 01/2002 a 03/2002; declarou como devidos os valores do PIS referentes aos períodos de apuração de 02/1999 a 12/1999, 01/2001 a 12/2001 e 01/2004 a 04/2004; declarou definitivos na via administrativa, ressaltando a pendência do trânsito em julgado da ação judicial, os valores referentes ao PIS de 12/1999 e 12/2001; e manteve a multa de ofício de 75% e a incidência de juros de mora. No mérito, a procedência parcial do lançamento.

Inconformada, a Recorrente recorreu a este Segundo Conselho de Contribuintes, pelo recurso voluntário de fls. 536/545, sendo que referido apelo repisa, de forma geral, suas razões de impugnação. Afirma também à fl. 542 que a matéria do presente feito estaria sendo discutida judicialmente, em síntese, o integral provimento de seu recurso para reformar a decisão de primeiro grau, anulando-se o procedimento fiscal e, como consequência, o indeferimento do lançamento. O recurso em comento está garantido pelo arrolamento de bens.

É o relatório.



Processo nº : 10410.004442/2002-27
Recurso nº : 128.402
Acórdão nº : 204-00.460

**VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
SANDRA BARBON LEWIS**

Sendo tempestivo o recurso, passo a decidir.

A controvérsia cinge-se à eventual ocorrência de irregularidades no procedimento fiscal, por vício formal, o que ocasionaria a nulidade do procedimento administrativo fiscal; a inclusão na base de cálculo de valores abrangidos pelo Refis e opção pela via judicial, o que implicaria na improcedência do lançamento.

Opção pela via Judicial

Verifico, em sede de considerações preliminares, que o presente recurso voluntário deve ser negado por esta instância, pois a afirmação da Recorrente (fl.550) de que a matéria aqui discutida seria objeto de ação judicial impede a manifestação por parte deste Conselho sobre a matéria, sendo, portanto, inócua a decisão administrativa perante a judicial.

Isso porque, a opção pela via judicial importa em desistência do processo administrativo conforme determinação do parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6.830/80 – Lei de Execução Fiscal, *in verbis*:

Art. 38 - A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.

Parágrafo Único - A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto. (grifamos e destacamos)

Por outro lado, em que pese a existência de ação judicial concomitantemente com o presente processo administrativo, a lavratura do auto de infração não é impedida pela opção pela via judicial, eis que, prevalecendo esta, resta cancelado o lançamento, razão pela qual não há que se falar em anulação ou improcedência do lançamento efetivado contra a Recorrente. Ademais, impõe-se a realização do lançamento para evitar que eventualmente possa ocorrer a prescrição e decadência em face do tributo em análise.

Nulidade do Procedimento Fiscal

Alega ainda a Recorrente a nulidade do procedimento fiscal em vista de irregularidades formais no MPF, por conter lançamento efetivado sobre período não circunscrito ao MPF complementar; por extrapolação de prazos, cerceamento de defesa por ausência de prévio conhecimento da matéria investigada, o que implicaria a improcedência do lançamento.

Quanto a esses fatos, razão não assiste à recorrente.

Primeiramente, cumpre registrar que somente serão nulos os atos e termos lavrados por pessoa incompetente ou com cerceamento do direito de defesa, conforme definido no inciso I do art. 59 do Decreto nº 70.235/72, o que não se verifica no presente caso, em que, conforme registrado na decisão de primeiro grau, a autuação está perfeitamente motivada e justificada, conforme demonstram o seu teor e os documentos que a acompanham, não tendo se caracterizado prejuízo ao direito de defesa da Recorrente.

Destarte, o auto de infração vergastado preenche todos os requisitos exigidos no art. 10 do Decreto nº 70.235/72 e contém todas as informações necessárias ao pleno exercício de

4



Processo nº : 10410.004442/2002-27
Recurso nº : 128.402
Acórdão nº : 204-00.460

direito de defesa do sujeito passivo, tendo o Fisco cumprido todas as normas referentes ao procedimento, disponibilizado ao contribuinte informações sobre as prorrogações do MPF por meio de publicação no "site" da Receita, seja quanto aos prazos, seja quanto ao período de apuração, o que afasta de forma irretorquível o argumento da Recorrente sobre as irregularidades formais do MPF.

Em vista desses argumentos, verifica-se a inexistência de cerceamento do direito de defesa da Recorrente, estando o procedimento fiscal em harmonia com a legislação de regência.

Opção ao Refis

Afirma a recorrente que parte do crédito discutido no presente processo é objeto de seu ingresso no Refis, o que importa em renúncia ao direito de discutir o mérito da exigência fiscal, nesse ponto.

Isso porque, a inclusão no Programa de Recuperação Fiscal – Refis constitui confissão irretratável do mesmo, não havendo mais que discutir referida matéria, por ser incontroversa.

Neste passo, com a desistência do recurso administrativo, entendo que este Conselho não deva conhecer do recurso ante a sua falta de objeto.

Conclusão

Ante o exposto, voto no sentido de rejeitar as preliminares suscitadas e, no mérito, negar provimento ao recurso, para manter a decisão recorrida em todos os seus termos, confirmando-se o lançamento efetuado contra a Recorrente.

É como voto.

Sala das Sessões, em 10 de agosto de 2005.

SANDRA BARBON LEWIS



Processo nº : 10410.004442/2002-27
Recurso nº : 128.402
Acórdão nº : 204-00.460

DECLARAÇÃO DE VOTO DO CONSELHEIRO
FLÁVIO DE SÁ MUNHOZ

Pedi vista dos autos para melhor compreender a sucessão de fatos e as discussões travadas no presente lançamento.

A recorrente foi autuada em 30 de julho de 2002, sob a alegação de divergências entre os valores declarados e os valores escriturados, conforme demonstrativos e termos elaborados pela fiscalização.

Foram constituídos créditos tributários de PIS, com enquadramento nos art. 2º, 3º e 8º, da Lei nº 9.718/98, relativos aos períodos de apuração ocorridos entre 31 de janeiro de 1999 a 30 de abril de 2002 e, aplicada multa de ofício de 75% (setenta e cinco por cento) do valor exigido, mais juros calculados com base na variação da Taxa Selic.

A contribuinte em sua impugnação se insurge contra a exigência, ao argumento de nulidade do procedimento fiscal, tendo em vista o descumprimento de requisitos formais relacionados ao Mandado de Procedimento Fiscal- MPF. Cita decisão deste egrégio Conselho de Contribuintes, a corroborar sua tese de nulidade do procedimento.

Alega ainda em sua defesa que a fiscalização deixou de computar como dedução na base de cálculo, nos meses de janeiro a outubro de 1999; janeiro de 2000 e janeiro a abril de 2002 valores que não se caracterizam como receitas, "o que macula, também, o lançamento".

No mais, se insurge contra as disposições da Lei nº 9.718/98, que ampliaram a base de cálculo das contribuições ao PIS e Cofins.

Alega adicionalmente na impugnação que "não foram considerados no trabalho de auditoria" os "estornos de receitas financeiras". E, ainda, que parte das receitas financeiras incluídas na autuação representam valores relativos a pedidos de ressarcimento formulados pela empresa com base no art. 11 da Lei nº 9.779/99, nos montantes de R\$ 3.407.884,61 e R\$ 9.243.579,25, cuja legitimidade está sendo discutida no âmbito judicial.

Acode em sua defesa aos termos da Decisão de Consulta da 6ª Região Fiscal, de 1º de março de 2001, cujo entendimento é o de que: (i) "as receitas que dependam de evento futuro, por sua natureza aleatória, deverão ser escrituradas no período-base de sua disponibilidade jurídica" e; (ii) "a receita relativa à cessão de direitos representados por créditos líquidos e certos contra a Fazenda Pública ou terceiros, está sujeita à tributação pelo imposto de renda".

A recorrente, por ocasião de sua impugnação, juntou planilhas nas quais demonstrou, mês a mês, a composição das bases de cálculo, assim como as contribuições devidas, as parcelas recolhidas, compensações procedidas, valores incluídos no Refis e o saldo da contribuição a pagar.

Por meio da Resolução nº 59, de 20 de dezembro de 2002, a 2ª Turma da DRJ de Recife - PE converteu o julgamento em diligência, formulando quesitos para o esclarecimento dos fatos aduzidos na impugnação.

4

5



Processo nº : 10410.004442/2002-27
Recurso nº : 128.402
Acórdão nº : 204-00.460

Concluída a diligência, em 27 de dezembro de 2004, a autoridade fiscal propôs o acerto do lançamento, com o acatamento das razões de impugnação quanto às alegadas inclusões indevidas na base de cálculo da PIS, em relação aos valores: (i) parcelados no âmbito do Refis; (ii) das vendas canceladas e devoluções; (iii) das receitas financeiras na apuração do mês de janeiro de 1999; e (iv) de parte dos estornos de receitas financeiras. Propôs, no entanto, a manutenção do lançamento em relação aos valores: (i) das compensações não declaradas em DCTF; (ii) da transferência de valores escriturados na conta de variação cambial ativa para o ativo diferido; e (iii) dos estornos escriturados como descontos obtidos para a conta de recuperação de despesas, valores que se referem a "bônus" concedido pelo fornecedor TETRA PACK.

Finalmente, foi proposto pela autoridade fiscal que realizou a diligência o cancelamento da exigência relativa à inclusão de créditos de IPI que são objeto de disputa para o reconhecimento judicial do direito.

Corrigidos os equívocos apontados no Relatório de Diligência Fiscal, o crédito tributário constituído seria reduzido para os seguintes montantes:

R\$ 6.121.560,12	principal
R\$ 4.591.170,10	multa de ofício
R\$ 765.300,00	juros de mora
R\$ 11.478.030,22	total

Em 15 de julho de 2004, a DRJ em Recife - PE decidiu rejeitar a preliminar de nulidade argüida e, no mérito, declara procedente em parte o lançamento, afastando a exigência com relação: (i) aos débitos comprovadamente incluídos no Refis em data anterior à do início do procedimento de ofício; (ii) às vendas canceladas e às devoluções; e (iii) às receitas financeiras relativas ao período de apuração de janeiro de 1999.

A exigência mantida se refere a: (i) diferença da alíquota de 2% para 3%, a partir de 1º de fevereiro de 1999; (ii) compensações indevidas, não declaradas em DCTF; (iii) a transferência de valores escriturados na conta de variação cambial para a conta do ativo diferido; e (iv) as parcelas representativas de discussão judicial, em razão de alegada concomitância, a impedir o conhecimento no âmbito administrativo de julgamento.

Foram mantidos os lançamentos da multa de ofício e dos juros de mora.

A DRJ em Recife - PE propôs Recurso de Ofício na parte da exigência fiscal cancelada e a contribuinte interpôs Recurso Voluntário, reiterando seus argumentos de defesa expendidos na impugnação.

Foram devidamente arrolados bens na forma prevista pela IN SRF nº 264/2002.

A decisão DRJ consubstanciada no Acórdão nº 8.737, de 15 de julho de 2004 afastou a argüida nulidade do procedimento, anotando ser o Mandado de Procedimento Fiscal mero instrumento de controle.

O MPF é disciplinado pela Portaria SRF nº 1.265/99, atualmente, compilado na Portaria SRF nº 3.007/01. É, primordialmente, um instrumento de controle criado pela Administração Tributária, cuja função é de dar ao sujeito passivo, conhecimento da realização de procedimento fiscal contra si intentado, como também, de planejamento e controle interno das atividades e procedimentos fiscais.



Processo nº : 10410.004442/2002-27
Recurso nº : 128.402
Acórdão nº : 204-00.460

Não é pressuposto obrigatório para realização do lançamento pela Autoridade Administrativa e, portanto, sozinho, não é suficiente para demarcar o início do procedimento fiscal; o que reforça o seu caráter de subsidiariedade aos atos de fiscalização e implica em que, ainda que ocorram irregularidades, não teria como efeito tornar inválidos os trabalhos de fiscalização, nem dados por imprestáveis os documentos obtidos para respaldar o lançamento de créditos tributários apurados.

É imprescindível destacar que a atividade vinculada e obrigatória a que se submete a Autoridade Administrativa, disposta no art. 142 do CTN, se sobrepõe ao regramento do Mandado de Procedimento Fiscal. É de se concluir, que eventuais omissões ou incorreções, não têm o condão de tornar inválido o lançamento de ofício, pois isto implicaria em ofensa ao art. 142 do CTN, através de um instrumento infra-legal.

Nesse sentido, importante transcrever o disposto no art. 60 do Decreto nº 70.235/72, *verbis*:

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.

Pois bem, não se encontrando presentes nos autos elementos prejudiciais ao contribuinte, é de se rejeitar a preliminar de nulidade do auto de infração.

Quanto ao mérito, deve ser mantida a decisão DRJ na parte que cancelou a inclusão no lançamento de débitos parcelados no âmbito do Refis, tendo em vista o caráter de confissão de dívida irretratável e irrevogável a adesão ao referido programa.

Também não merece reparos a decisão DRJ, na parte que cancelou a exigência fiscal sobre vendas canceladas e descontos incondicionais concedidos, identificadas no Relatório de Diligência Fiscal, tendo em vista a expressa previsão da lei no sentido da exclusão¹.

Também procedente a exclusão das receitas financeiras auferidas anteriormente a 1º de fevereiro de 1999, tendo em vista que as disposições da Lei nº 9.718/99 somente se tornaram eficazes a partir da referida data².

A questão que envolve a discussão a respeito da majoração da alíquota de 2% para 3%, promovida pela Lei nº 9.718/99, por envolver exame de matéria constitucional, transborda a competência dos Conselhos de Contribuintes, a teor do disposto na Portaria MF nº 103/2002 e no art. 22^A do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes.

A compensação entre tributos de espécies distintas, além de prescindir de pedido à administração, nos termos do disposto pelo art. 74 da Lei nº 9.430/96, deve ser declarada em DCTF, razão pela qual procede a decisão DRJ que não reconheceu a validade dos procedimentos adotados pela recorrente para fundamentar sua compensação.

Com efeito, importante destacar que, em relação aos períodos de apuração nos quais a recorrente alega ter procedido às compensações, nas DCTF juntadas não há informações sobre tais ocorrências. Também não foram juntados aos autos documentos contábeis ou fiscais que pudessem comprovar a efetividade das compensações.

¹ Art. 3º, § 2º, da Lei nº 9.718/98.

² Art. 17, I, da Lei nº 9.718/98



Processo nº : 10410.004442/2002-27
Recurso nº : 128.402
Acórdão nº : 204-00.460

Como bem anotado por Maria Teresa Martinez López, em estudo publicado na Revista Direito Tributário Atual- 17, do Instituto Brasileiro de Direito Tributário- IBDT, São Paulo, 2003: Dialética, p. 112, nos termos do que vêm decidindo os Conselhos de Contribuintes, *"para a validar o seus procedimentos de compensação, os contribuintes devem "demonstrar que o direito foi oportunamente exercido, mediante registros contábeis e fiscais pertinentes"*³

Considerando que os procedimentos da recorrente não nos permitem uma adequada conclusão acerca da procedência das alegadas compensações, também com relação a este item, deve ser mantido o lançamento fiscal.

Na parte relativa ao pretendido estorno de receitas financeiras para o ativo diferido, de rigor destacar que tal ajuste foi restrito ao 1º Trimestre-calendário de 1999, por força de regra excepcional ínsita no art. 1º da Lei nº 9.816, de 23 de agosto de 1999. Correto, portanto o procedimento da fiscalização e acertada a decisão recorrida.

Quanto à inclusão na base de cálculo de PIS de crédito de IPI decorrente de pedidos de ressarcimento pendentes de decisão judicial, no entanto, a decisão da DRJ deve ser modificada.

A decisão recorrida deixou de apreciar a matéria por considerá-la submetida a discussão judicial, quando, na verdade, não há tal concomitância.

A matéria discutida no processo judicial diz respeito à validade de créditos de IPI sobre aquisições de insumos isentos, não-tributados ou tributados por alíquota zero. O que se discute no presente lançamento é a consideração desses valores como receita, incluídos que foram na base de cálculo da PIS.

Com tal classificação não se pode concordar.

Com efeito, em primeiro lugar, não há certeza quanto ao direito, razão que impediria o seu reconhecimento, nesse momento, no grupo de receita.

Nesse sentido, elucidativa a Decisão de Consulta da 6ª Região Fiscal, de 1º de março de 2001, colacionada pela recorrente, cujo entendimento é o de que "as receitas que dependam de evento futuro, por sua natureza aleatória, deverão ser escrituradas no período-base de sua disponibilidade jurídica".

Somente com a decisão definitiva favorável, poderia ser cogitado o seu reconhecimento como receita, tal como manifestado na Solução de Consulta nº 202, de 30 de junho de 2004, verbis: "o crédito presumido de IPI, uma vez abrangido pelo conceito de receita, e não tendo sido expressamente contemplado pelas hipóteses de exclusão e isenção, sujeita-se à incidência da contribuição para o PIS/Pasep [e da Cofins]".

Apontando a improcedência de tal classificação e sua contrariedade com orientação firmada em hipótese similar envolvendo restituição e, para um exame completo da matéria, substanciosos os ensinamentos de José Antonio Minatel, em sua obra *"Conteúdo do Conceito de Receita e Regime Jurídico para sua Tributação"*⁴.

Com estas considerações, voto no sentido de: (i) dar provimento parcial ao recurso voluntário interposto, para determinar a exclusão do lançamento dos valores representativos do crédito de IPI pleiteado no âmbito judicial, cuja classificação como receita somente se poderá cogitar no período de apuração no qual for declarado o direito judicial ao seu

³ Nota de rodapé citada pela renomada autora: Acórdão nº 201-73.145, de 15 de setembro de 1999

⁴ São Paulo: MP Editora, 2005, p.224



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

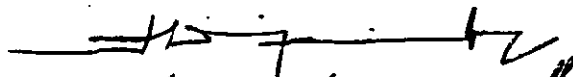
2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 10410.004442/2002-27
Recurso nº : 128.402
Acórdão nº : 204-00.460

aproveitamento; (ii) negar provimento ao recurso de ofício; e (iii) manter o lançamento remanescente.

É como voto.

Sala das Sessões, em 10 de agosto de 2005.


FLÁVIO DE SÁ MUNHOZ