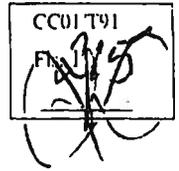




**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA TURMA ESPECIAL**



Processo nº 10355.001810/2003-37
Recurso nº 157.346 Voluntário
Matéria IRPJ
Acórdão nº 191-00.108
Sessão de 20 de março de 2009
Recorrente PANIFICADORA SABINA LTDA
Recorrida 3ª TURMA/DRJ-RIBEIRÃO PRETO/SP.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Exercício: 1998, 2001

Ementa:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL.
 NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

1 - Com a apresentação da impugnação tempestiva, o sujeito passivo formaliza a existência da lide tributária no âmbito administrativo e transmuda o procedimento administrativo preparatório do ato de lançamento em processo administrativo de julgamento da lide fiscal.

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL, inexistência, nulidade do lançamento, o contribuinte tem direito subjetivo às normas procedimentais do lançamento, assim, devem ser obedecidas as formalidades inerentes ao Mandado de Procedimento Fiscal.

COMPENSAÇÃO INDEVIDA. LAVRATURA DE AUTO DE INFRAÇÃO. DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO. LEI 9.430/96

1 - Desnecessária a constituição do crédito tributário, mediante a lavratura de auto de infração, para se cobrar débitos indevidamente compensados por meio da declaração de compensação.

Recurso Parcialmente Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da primeira turma especial do primeiro conselho de contribuintes, por maioria de votos, REJEITAR a preliminar de nulidade por ausência de MPF, vencido o Conselheiro Roberto Armond Ferreira da Silva (Relator) que acolhia. No mérito, por unanimidade de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso para excluir a multa

Processo nº 10855.001810/2003-37
Acórdão n.º 191-00.108



de ofício. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Marcos Vinicius Barros Ottoni quanto a preliminar, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


ANTONIO PRAGA
Presidente


ROBERTO ARMOND FERREIRA DA SILVA
Relator

FORMALIZADO EM: 18 JAN 2012

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Ana de Barros Fernandes, Roberto Armond Ferreira da Silva e Marcos Vinicius Barros Ottoni

Relatório

A empresa realizou compensação do IRPJ com créditos da contribuição ao PIS advindos da declaração de inconstitucionalidade pelo STF dos Decretos-lei 2.445/88 e 2449/88..

O pedido de compensação não foi homologado, visto que, para autoridade fazendária, a pretensão ressarcitória já se encontrava prescrita. Contra ao indeferimento da homologação foi manejado recurso voluntário ao E. Segundo Conselho de Contribuintes.

A discussão é o termo *a quo*. O contribuinte entende que o prazo prescricional para pleitear a restituição ou compensação de valores indevidamente recolhidos tem início com a declaração de inconstitucionalidade da norma legal ou com o ato do Poder Executivo que reconheça o direito ao crédito, visão essa que prevaleceu na Primeira Câmara do Segundo Conselho, mas que também gerou recurso especial, interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional.

Enquanto isso, a fim de impedir a decadência do crédito tributário, houve lançamento do crédito tributário, sendo o contribuinte apenado com a multa de 75% pela falta/insuficiência de recolhimento de imposto.

O contribuinte recorre alegando, em apertada síntese:

Processo nº 10855.001810/2003-37
Acórdão n.º 191-00.108



a) Em sede de preliminar, nulidade do procedimento fiscal, por inexistir mandado de procedimento fiscal, bem como cerceamento do direito de defesa, haja vista que o direito ao contraditório não lhe foi concedido na fase anterior ao lançamento;

b) No mérito alega que há inexigibilidade do auto de infração, uma vez que o crédito tributário se encontrava com a exigibilidade suspensa ante ao recurso especial interposto pela Fazenda Pública.

Diz que há falta de provas da infração, em razão da extinção do crédito tributário pela compensação do crédito (art. 156, II, do CTN), reforçando essa tese, aduz com o art. 49 da Lei 10.637/02, a qual no seu parágrafo segundo estabelece que a compensação declarada à Secretaria da Receita Federal do Brasil extingue o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação.

Disserta também que graças à Lei nº 10.522/2002 fica vedada a constituição do crédito tributário relativo à base de cálculo do PIS (questão da semestralidade da base de cálculo do PIS).

Para o recorrente, o crédito tributário foi constituído duplamente; o pedido de compensação teria cumprido essa função, com formalização de norma individual e concreta, e a interposição do recurso especial, gerado a suspensão de exigibilidade do crédito tributário. Desnecessária, pois, a lavratura do auto de infração. Cita o art. 63 da Lei 9.430/96 que impede o lançamento nessas circunstâncias

Ataca finalmente os juros de mora e correção monetária porque inexistiu mora. A multa, por outro revés, alega ser confiscatória.

A DRJ afasta as teses da defesa, por entender que somente após o contraditório inicia-se o litígio, e diz que o reconhecimento do prejuízo está condicionado à demonstração de prejuízo. No mérito, sustenta que a falta de recolhimento espontâneo do débito dá ensejo ao lançamento de ofício, logo, a multa é de rigor.

É a síntese do processado. \

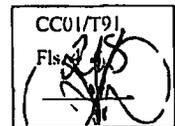
Voto Vencido

Conselheiro ROBERTO ARMOND FERREIRA DA SILVA, Relator

Das nulidades

A alegação de cerceamento do direito de defesa não merece acolhida, posto que a fase de lançamento do crédito tributário é uma atividade que se volta à coleta informações e documentos, sendo por natureza atividade inquisitiva, investigativa. É a impugnação que inaugura o contraditório e a ampla defesa. Nesse sentido, confira-se a jurisprudência desse Conselho:

Processo nº 10855.001810/2003-37
Acórdão n.º 191-00.108



PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - FASE DE APURAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO - REVISÃO INTERNA DE DECLARAÇÃO - A colheita de informações e documentos pelo fisco durante o trabalho de auditoria fiscal, prescindindo do pronunciamento do sujeito passivo, por tal, nos procedimentos de checagem entre o valor declarado e aquele recolhido, a repartição fiscal tem competência legal para constituir o crédito tributário que considerar devido, através de lançamento de ofício. INAPLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA - Somente com a apresentação da impugnação tempestiva, o sujeito passivo formaliza a existência da lide tributária no âmbito administrativo e transmuda o procedimento administrativo preparatório do ato de lançamento em processo administrativo de julgamento da lide fiscal, passando a assistir a contribuinte as garantias constitucionais e legais do devido processo legal. Ana Maria Ribeiro dos Reis - Presidente. Publicado no DOU em: 19.05.2008, Relator: Ana Neyle Olímpio Holanda, 1º Conselho de Contribuintes / 6a. Câmara / ACÓRDÃO 106-16.590 em 07.11.2007

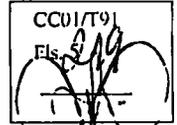
PRELIMINAR - Nulidade por falta de intimação para prestar esclarecimentos. Não tem qualquer fundamento a preliminar suscitada já que o processo administrativo fiscal tem regras próprias, diferente que é do judicial civil ou criminal, sendo assegurado ao contribuinte autuado a ampla defesa e o contraditório através das fases para a impugnação e para os recursos, sem prejuízo das oportunidades que venham a lhe ser dadas, a critério da autoridade lançadora, antes da lavratura do auto de infração.

PRELIMINAR DE NULIDADE - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - Rejeita-se a preliminar de nulidade do lançamento invocada com base em cerceamento do direito de defesa, porquanto ao contribuinte foi lhe dado tomar conhecimento do inteiro teor das infrações que lhe são imputadas, possibilitando o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa. Concedida ao contribuinte ampla oportunidade de apresentar documentos e esclarecimentos, não há que se falar em cerceamento do direito de defesa. JOSÉ CLÓVIS ALVES – Presidente, Publicado no DOU em: 02.05.2007, Relator: DANIEL SAHAGOFF, 1º Conselho de Contribuintes / 5a. Câmara / ACÓRDÃO 105-15.719 em 24.05.2006

Acerca da alegação de nulidade fulcrada em lançamento devida do respectivo mandado de procedimento fiscal, ouso discordar – num tom de pura rebeldia, reconheço - das vozes majoritárias deste Conselho, estampadas em diversos acórdãos, no sentido de que esse ato é meramente um controle da administração, a ele não estando atrelada qualquer sanção, configurando, pois, sua falta irregularidade de somenos importância.

O Secretário da Receita Federal **EVERARDO MACIEL**, através da Port. SRF n, 1.265/99 (D.O.U.: 24.11.1999, retificado no DOU de 28.12.1999), baixou ato administrativo que, à exaustão, estabelece um conjunto de regras a serem acatadas por todos aqueles que estão hierarquicamente subordinados àquela Secretaria, a saber:

Art. 2º Os procedimentos fiscais relativos aos tributos e contribuições administrados pela SRF serão executados, em nome desta, pelos Auditores Fiscais da Receita Federal - AFRF e instaurados mediante ordem específica denominada Mandado de Procedimento Fiscal - MPF.



Parágrafo único. Para o procedimento de fiscalização será emitido Mandado de Procedimento Fiscal - Fiscalização (MPF-F), no caso de diligência, Mandado de Procedimento Fiscal - Diligência (MPF-D).

Negrito os verbos, pois a conjugação do verbo no futuro do presente bem denota que se trata de uma ordem, não um conselho, não uma recomendação, tampouco uma orientação.

O artigo 18 desse ato dispõe o seguinte:

Art. 18. *No curso do procedimento fiscal, outros servidores, AFRF ou não, poderão participar de seu desenvolvimento desde que devidamente identificados e acompanhados de AFRF designado, sob a responsabilidade deste.*

Parágrafo único. Somente os AFRF acompanhantes poderão firmar termos, intimações ou atos assemelhados, desde que em conjunto com o AFRF designado.

Observe-se o rigor do procedimento fiscal: outro servidor não poderá sequer participar de qualquer ato, salvo se acompanhado e, mais, sob a responsabilidade do AFRF.

O mandado de procedimento deverá conter, ainda segundo a portaria e divulgado pelo próprio sítio da Receita Federal do Brasil¹ na *internet*:

O MPF-F, o MPF-D e o MPF-E conterão:

- I - a numeração de identificação e controle;*
- II - os dados identificadores do sujeito passivo;*
- III - a natureza do procedimento fiscal a ser executado (fiscalização ou diligência);*
- IV - o prazo para a realização do procedimento fiscal;*
- V - o nome e a matrícula do AFRF responsável pela execução do mandado;*
- VI - o nome, o número do telefone e o endereço funcional do chefe do AFRFB a que se refere o inciso V;*
- VII - o nome, a matrícula e o registro de assinatura eletrônica da autoridade outorgante e, na hipótese de delegação de competência, a indicação do respectivo ato;*

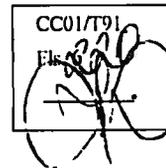
O MPF-F indicará, ainda, o tributo ou contribuição objeto do procedimento fiscal a ser executado, podendo ser fixado o período de apuração correspondente, bem como as verificações relativas à correspondência entre os valores declarados e os apurados na escrituração contábil e fiscal, em relação aos tributos administrados pela RFB, cujos fatos geradores tenham ocorrido nos cinco anos que antecedem a emissão do MPF e no período de execução do procedimento fiscal.

A portaria determina também a publicidade do ato ao próprio sujeito passivo, confira-se:

Art. 19. *Os MPF de que trata esta Portaria serão emitidos em três vias, que terão as seguintes destinações:*

¹ <http://www.receita.fazenda.gov.br/GuiaContribuinte/ProcFiscal.htm>

Processo nº 10855.001810/2003-37
Acórdão n.º 191-00.108



- I - sujeito passivo;
- II - processo administrativo fiscal, quando instaurado;
- III - arquivo da unidade da SRF do domicílio do sujeito passivo.

Sendo certo que o contribuinte, em caso de dúvida, poderá averiguar a autenticidade desse mandado através da rede mundial de computadores – internet. Eis o texto constante no sítio oficial da Receita da Fazenda²:

Verificação da Autenticidade de um Mandado de Procedimento Fiscal

A ciência pelo sujeito passivo do MPF, nos termos do art. 23 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, com redação dada pelo art. 67 da Lei nº 9.532, de 10 de novembro de 1997, dar-se-á por intermédio da Internet, no endereço eletrônico www.receita.fazenda.gov.br, com a utilização de código de acesso consignado no termo que formalizar o início do procedimento fiscal.

No caso da pessoa física ou jurídica não possuir acesso a Internet poderá verificar a autenticidade do Mandado comparecendo a uma unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil ou pelo número de telefone indicado no termo acima mencionado.

Como se o ato administrativo expedido pela autoridade máxima da Secretaria da Receita Federal do Brasil não bastasse, veio o próprio PRESIDENTE DA REPÚBLICA (Decreto nº 3.724, de 10.01.2001) reafirmar:

Art. 2º Os procedimentos fiscais relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil serão executados, em nome desta, pelos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil e **somente terão início por força de ordem específica denominada Mandado de Procedimento Fiscal (MPF)**, instituído mediante ato da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

(...)

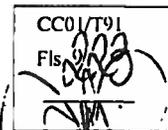
§ 5º A Secretaria da Receita Federal do Brasil, por intermédio de servidor ocupante do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, **somente poderá** examinar informações relativas a terceiros, constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras e de entidades a elas equiparadas, inclusive os referentes a contas de depósitos e de aplicações financeiras, **quando houver procedimento de fiscalização** em curso e tais exames forem considerados indispensáveis.

(sem grifo no original)

Rogata maxima venia, não consigo compreender que, apesar de o **Secretário da Receita Federal do Brasil** - autoridade máxima do órgão - dizer que os procedimentos fiscais serão instaurados mediante ordem específica denominada Mandado de Procedimento Fiscal – MPF, determinação repetida pelo **Presidente da Republica** - Chefe do Poder Executivo

² <http://www.receita.fazenda.gov.br/GuiaContribuinte/ProcFiscal.htm>

Processo nº 10855.001810/2003-37
Acórdão n.º 191-00.108



Concluo que as portarias podem estabelecer regras de competência. Nesse compasso, todos os Auditores da Receita Federal do Brasil detêm a competência genérica para fiscalizar e lançar os tributos de todos os contribuintes no Brasil, mas somente aquele portador do Mandado de Procedimento Fiscal poderá fazê-lo, porque detém a competência específica para tanto.

A sanção pela prática do ato sem competência está preconizado no art. 59 do Decreto n. 70.235/1972, que assim dispõem:

Art. 59. São nulos:

- a) Os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;*
- b) Os despachos e decisões proferido por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa*

A nulidade, advém de texto expresso de lei.

Observo que não houve convalidação do ato, logo, é inaplicável o art. 60 do Decreto por último referenciado, até porque a inexistência do Mandado de Procedimento Fiscal traz prejuízos ao sujeito passivo, configurados na violação aos princípios da legalidade, hierarquia da administração pública e segurança jurídica; sem dúvida, maltratada uma garantia do contribuinte.

Ainda que inexistisse nulidade formal, a autuação sucumbiria no mérito.

A Lei 9.430/96 estabelece no art. 74:

Art. 74 ...

...

§ 6^o *A declaração de compensação constitui confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência dos débitos indevidamente compensados. (Incluído pela Lei n^o 10.833, de 2003)*

§ 7^o *Não homologada a compensação, a autoridade administrativa deverá cientificar o sujeito passivo e intimá-lo a efetuar, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da ciência do ato que não a homologou, o pagamento dos débitos indevidamente compensados. (Incluído pela Lei n^o 10.833, de 2003)*

§ 8^o *Não efetuado o pagamento no prazo previsto no § 7^o, o débito será encaminhado à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional para inscrição em Dívida Ativa da União, ressalvado o disposto no § 9^o. (Incluído pela Lei n^o 10.833, de 2003).*

Patente, pois, que desnecessária a constituição do crédito tributário, mediante a lavratura de auto de infração, para se cobrar débitos indevidamente compensados por meio da declaração de compensação.

Processo nº 10855.001810/2003-37
Acórdão n.º 191-00.108



Note-se que, segundo jurisprudência pacífica do STJ, a apresentação pelo contribuinte de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais – DCTF (instituída pela IN-SRF 129/86, atualmente regulada pela IN8 SRF 395/2004, editada com base no art. 5º do DL 2.124/84 e art. 16 da Lei 9.779/99) ou de Guia de Informação e Apuração do ICMS – GIA, **ou de outra declaração dessa natureza, prevista em lei, é modo de constituição do crédito tributário, dispensada, para esse efeito, qualquer outra providência por parte do Fisco.** No mesmo sentido: AGA n. 87.366/SP, 2ª T., Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 25.11.1996; RESP 510.802/SP, 1ª T., Min. José Delgado, DJ de 14.06.2004; RESP 389.089/RS, 1ª T., Min. Luiz Fux, DJ de 16.12.2002, RESP 652.952/PR, 1ª T., Min. José Delgado, DJ de 16.11.2004; RESP 600.769/PR, 1ª T., Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 27.09.2004; RESP 510.802/SP, 1ª T., Min. José Delgado, DJ de 14.06.2004 (REsp. 770161/SC, 1ª T., Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 26.09.2005) - consoante bem exposto pelo Ministro **TEORI ALBINO ZAVASCKI**, in REsp 718773 / PR - DJ 03.04.2006 p. 249.

Diante do exposto, dou provimento ao Recurso Voluntário para anular o auto de infração lavrado.

Sala das Sessões, em 20 de março de 2009

ROBERTO ARMOND FERREIRA DA SILVA