



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10935.001432/2004-82
Recurso nº : 127.568
Acórdão nº : 203-09.836

MIN. DA FAZENDA - 2.ª CL
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASILIA 15 / 02 / 05
VISTO

2ª CC-MF
Fl.

Recorrente : J. MASSONI & CIA LTDA.
Recorrida : DRJ em Porto Alegre-RS

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
De 36 / 09 / 05
VISTO

NORMAS PROCESSUAIS. MATÉRIA NÃO MENCIONADA NA IMPUGNAÇÃO. PRECLUSÃO TEMPORAL. Alegação que não consta da impugnação e não se constitui em matéria de ordem pública não pode ser conhecida na etapa recursal por preclusão temporal.
IPI. MASSA FALIDA. CONTINUAÇÃO DO NEGÓCIO. MULTA DE OFÍCIO DEVIDA. Empresa falida que continua a desenvolver atividades submete-se às normas de incidência tributária a que sujeitas as demais pessoas jurídicas, incluindo a aplicação de multa de ofício.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por J. MASSONI & CIA LTDA.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.**

Sala das Sessões, em 09 de novembro de 2004

Leonardo de Andrade Couto
Presidente

Emanuel Carlos Dantas de Assis
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa, Maria Teresa Martínez López, Luciana Pato Peçanha Martins, Cesar Piantavigna, Valdemar Ludvig e Adriene Maria de Miranda (Suplente).

Ausente, justificadamente, o Conselheiro Francisco Maurício Rabelo de Albuquerque Silva.
Eaai/imp



MIN I: A FAZENDA - 2.ª CL
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASILIA 15/02/05
VISTO

Processo nº : 10935.001432/2004-82
Recurso nº : 127.568
Acórdão nº : 203-09.836

Recorrente : J. MASSONI & CIA LTDA.

RELATÓRIO

Trata-se do Auto de Infração de fls. 255/288 (vol. II), relativo ao Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) sobre bebidas, períodos de apuração 1-01/2002 a 3-12/2002, no valor total de R\$173.128,56, incluindo juros de mora e multa de ofício de 75%, lavrado contra o estabelecimento matriz da empresa.

Conforme o Termo de Verificação Fiscal de fls. 291/293, que integra o Auto de Infração, a empresa, que atua no ramo de engarrafamento de bebidas (vinhos, “coolers” e caninhas), deu saída a esses produtos sem o lançamento do imposto. A planilha de fls. 05/215, elaborada pela fiscalização, relaciona todas as Notas Fiscais emitidas no ano de 2002, com base nas quais foram apurados os valores lançados. Às fls. 230/254 foram acostadas algumas das referidas Notas Fiscais (originais) da empresa, nelas não constando o destaque do IPI.

Antes do lançamento a empresa foi intimada a manifestar-se sobre a citada planilha, tendo concordado que não houve destaque do IPI. Justifica o procedimento por entender não ser equiparada à condição de indústria (fl. 217).

Contra o mesmo contribuinte também foi formalizada Representação Fiscal para Fins Penais, objeto do processo nº 10935.001433/2004-27, que se encontra anexo ao presente.

Impugnando o lançamento por meio da petição de fls. 295/300, a autuada alega, inicialmente, que foi cerceada no seu direito de defesa, já que no Termo de Verificação Fiscal não consta qualquer demonstrativo dos produtos saídos sem lançamento do imposto.

Prossegue afirmando que “Efetivamente, por equívoco e/ou desconhecimento, por entender que não exercer (*sic*) atividade equiparada a industrialização, não houve destaque do IPI, quando da saída dos produtos” (fl. 297).

Em seguida alega que a fiscalização não levou em consideração, na apuração dos valores lançados, o crédito do imposto sobre o valor dos insumos utilizados no processo de industrialização. Discrimina, às fls. 297/298, por decêndio, os valores desses créditos, anexando as cópias das Notas Fiscais de aquisição respectivas (fls. 301/323).

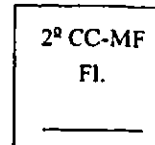
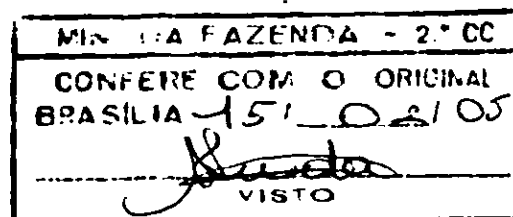
Ao final sustenta ser inexigível o lançamento da multa de ofício aplicada, no percentual de 75%, por encontrar-se em situação excepcional de autofalência. Reporta-se ao Decreto-Lei nº 7.661, de 21/06/1945 (Lei de Falências), art. 23, parágrafo único, III, segundo o qual “Não podem ser reclamadas na falência as penas pecuniárias por infração das leis penais e administrativas.”

Finaliza a peça impugnatória requerendo que seja julgado improcedente o Auto de Infração.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10935.001432/2004-82
Recurso nº : 127.568
Acórdão nº : 203-09.836



Nos termos do Acórdão de fls. 326/331, a DRJ julgou o lançamento procedente em parte, reduzindo o lançamento no montante dos créditos sobre os insumos adquiridos. No mais, rejeitou a alegação de cerceamento de defesa e, tendo em vista o art. 60 da Lei nº 9.430/96, manteve a multa de ofício.

O Recurso Voluntário de fls. 336/341, tempestivo (fls. 332, 335 e 366), introduz matéria não constante da impugnação, no que alega o direito da recorrente creditar-se de IPI, relativo às aquisições de matérias-primas isentas (aguardente e vinho a granel). Em seu favor colaciona decisão judicial reconhecendo o direito ao crédito do imposto, na aquisição insumos isentos ou com alíquota zero.

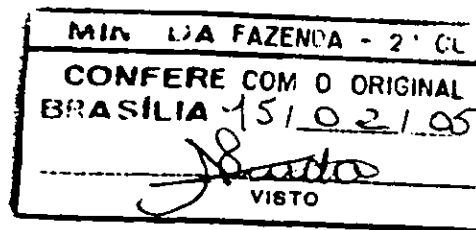
Quanto à manutenção da multa, entende inaplicável o art. 60 da Lei nº 9.430/96. Afirma que referido artigo, ao tratar da sujeição das empresas em regime falimentar às normas de incidência tributária, não permite a aplicação de penalidades administrativas, tampouco revoga o art. 23 da Lei de Falência.

Informação à fl. 344 dá conta do arrolamento de bens necessário ao recebimento deste Recurso.

É o relatório.



Processo nº : 10935.001432/2004-82
Recurso nº : 127.568
Acórdão nº : 203-09.836



VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS

O Recurso Voluntário atende aos requisitos do Processo Administrativo Fiscal, pelo que dele conheço.

São duas as matérias a tratar: o suposto direito da recorrente creditar-se de IPI, calculado sobre as aquisições de matérias-primas isentas (aguardente e vinho a granel), e a alegação de inaplicabilidade da multa de ofício, posto que se encontra em processo falimentar.

Como já informado, o alegado direito da recorrente creditar-se de IPI, relativo às aquisições de matérias-primas isentas, não consta da impugnação. É matéria preclusa, que não pode, portanto, ser conhecida nesta etapa recursal.

Na lição de Chiovenda, repetida por Luiz Guilherme Marioni e Sérgio Cruz Arenhart, tem-se que:¹

... a preclusão consiste na perda, ou na extinção ou na consumação de uma faculdade processual. Isso pode ocorrer pelo fato:

- i) de não ter a parte observado a ordem assinalada pela lei ao exercício da faculdade, como os termos peremptórios ou a sucessão legal das atividades e das exceções;*
- ii) de ter a parte realizado atividade incompatível com o exercício da faculdade, como a proposição de uma exceção incompatível com outra, ou a prática de ato incompatível com a intenção de impugnar uma decisão;*
- iii) de ter a parte já exercitado validamente a faculdade.*

A cada uma das situações acima corresponde, respectivamente, os três tipos de preclusão: a temporal, a lógica e a consumativa.

No caso em tela ocorreu a preclusão temporal, consistente na perda da oportunidade que a recorrente teve para argüir o direito ao crédito por aquisição de matéria prima isenta, na impugnação. Ultrapassada aquela etapa, e não sendo o caso de matéria de ordem pública, extingue-se o direito de levantá-la agora, nesta fase recursal.

Quanto à multa de ofício, que segundo a recorrente não poderia ser aplicada em razão do art. 23, parágrafo único, III, do Decreto-Lei nº 7.661/45 (Lei de Falências), cabe observar que a empresa encontra-se em plena atividade. Tanto assim que no ano de 2002 vendeu bebidas em todos os decêndios do período.

As atividades continuaram a ser desenvolvidas no âmbito da permissão concedida pelo art. 74 do Decreto-Lei nº 7.661/45, segundo o qual o falido pode requerer a continuação do seu negócio, cabendo ao juiz decidir acerca do pedido, após ouvir o síndico e o representante do Ministério Público. No caso de deferimento do pedido o juiz nomeia para gerir o negócio uma pessoa idônea, proposta pelo síndico.

¹ MARIONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz Arenhart. *Manual do Processo do Conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 665, *apud* CHIOVENDA, Giuseppe. "Cosa giudicata e preclusione", in *Saggi di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1993, vol. 3, p. 233.



Processo nº : 10935.001432/2004-82
Recurso nº : 127.568
Acórdão nº : 203-09.836

MIN DA FAZENDA - 2.ª CC	2ª CC-MF Fl.
CONFERE COM O ORIGINAL	
BRASILIA 15.02.05	
VISTO	

Amador Paes de Almeida, comentando de forma resumida a continuação do negócio após a decretação da falência, na forma do artigo 74 da Lei de Falências, esclarece o seguinte:²

Continuidade do negócio pelo falido. Atendendo à natureza institucional da empresa, faculta a lei ao falido, na eventualidade deste sentir-se em condições de prosseguir suas atividades negociais, requerer ao juiz de falência a continuação do negócio (art. 74 da Lei de Falências).

Legitimidade para requerê-la. A lei estabelece a legitimidade exclusiva do próprio falido par requerer a continuação do negócio. Todavia, tanto a doutrina quanto a própria jurisprudência têm entendido que tal faculdade se há de estender também aos credores, e, por via de consequência, ao síndico, não faltando os que preconizam a faculdade do próprio juiz, ex officio, determinar a medida (Sampaio da Lacerda).

A administração do negócio. Deferida a continuação do negócio, o juiz nomeia um gerente, indicado pelo síndico, o qual, firmando termo de depositário dos bens que lhe sejam entregues, atuará sob a direta fiscalização do síndico, como preposto da massa.

(...)

Efeitos patrimoniais. As dívidas e demais despesas decorrentes da continuação do negócio são de inteira responsabilidade da massa – são as dívidas da massa – que, conquanto abaixo dos créditos trabalhista e tributário, não se sujeitam ao concurso creditório.

Cassação e cessação da autorização. A autorização para a continuação do negócio pelo falido é de natureza provisória, podendo ser cassada pelo juiz, a requerimento do próprio falido ou dos credores, e inclusive, ex officio, pelo próprio juiz.

Cessará, outrossim, de pleno direito, com a concessão da concordata suspensiva.

No caso dos autos, e conforme atestam os documentos de fls. 218 a 222, foi decretada a autofalência da empresa em 1997, mas, já em 1999, foi nomeado um “Gestor de Negócios” (ou gerente), encarregado de dar continuidade às atividades da empresa.

Destarte, em relação às atividades desenvolvidas no ano de 2002, objeto da autuação, é aplicável o art. 60 da Lei nº 9.430/96, que informa:

Art. 60. As entidades submetidas aos regimes de liquidação extrajudicial e de falência sujeitam-se às normas de incidência dos impostos e contribuições de competência da União aplicáveis às pessoas jurídicas, em relação às operações praticadas durante o período em que perdurarem os procedimentos para a realização de seu ativo e o pagamento do passivo.

O art. 23, parágrafo único, III, da Lei de Falências, invocado pela recorrente, é norma a ser aplicada por ocasião da habilitação dos créditos na falência, e não no momento do lançamento do crédito tributário. Na constituição deste cabe a incidência da penalidade, seja multa de ofício ou multa de mora. Neste sentido o Acórdão CSRF/01-01.187, segundo o qual “... a exclusão da multa somente poderá ocorrer em Juízo, e não antes, caso contrário, na hipótese da reversão do estado falimentar, a Administração Fiscal jamais poderia vir a exigir o seu montante.” Observe-se também seguinte a jurisprudência administrativa, acerca do tema:

² Amador Paes de Almeida, in *Curso de falência e concordada*, São Paulo, Saraiva, 1993, p. 255/256.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

VIN DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
15.02.05
<i>[Assinatura]</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10935.001432/2004-82
Recurso nº : 127.568
Acórdão nº : 203-09.836

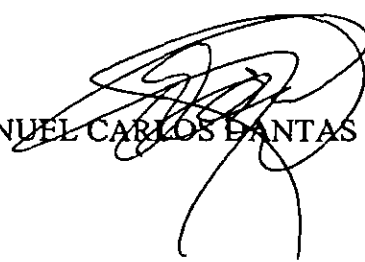
MULTA DE OFÍCIO - FALÊNCIA - A multa de lançamento de ofício deve ser aplicada às empresas falidas sobre o imposto apurado em procedimento de ofício, podendo ser excluída, apenas, em juízo, nos termos do art.23 do Decreto-lei nº 7.661/45 (Lei de Falências). (Ac. 108-06213, sessão de 18/08/2000, Rel. Conselheira Márcia Maria Loria Meira, unanimidade)

MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO. A multa de lançamento de ofício deve ser aplicada às empresas falidas sobre o imposto apurado em procedimento de ofício (Ac. 1º CC 101-88.314/95 - DO 17/08/95).

ENCARGOS. A multa de lançamento ex officio é exigível de empresa falida nos casos em que houver procedimento de ofício para cobrança do imposto devido. Por sua vez, a decretação da falência não exclui a aplicação da correção monetária, apenas a suspende pelo prazo de um ano a partir da sentença (Ac. 1º CC 101-85.731/93 - DO 13/04/95).

Pelo exposto, nego provimento ao Recurso.

Sala das Sessões, em 09 de novembro de 2004


EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS