



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

Processo nº 14120.000348/2009-91
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3401-002.647 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 22 de julho de 2014
Matéria PIS/PASEP
Recorrente AVANTI IND. COM. IMPORT. EXPORTAÇÃO LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 30/06/2007 a 31/12/2007

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. PRESCINDIBILIDADE. LANÇAMENTO. VALIDADE.

O Mandado de Procedimento fiscal - MPF não é requisito de validade do auto de infração, funcionando como simples instrumento de controle administrativo, de modo que sua ausência ou defeito em sua emissão/prorrogação não importa em nulidade do ato administrativo de lançamento correspondente.

CONCORRÊNCIA DE PROCESSOS ADMINISTRATIVO E JUDICIAL COM O MESMO OBJETO. CONCOMITÂNCIA. CONFIGURAÇÃO.

A propositura pelo contribuinte de ação judicial onde se alterca a mesma matéria veiculada em processo administrativo, a qualquer tempo, antes ou após a inauguração da fase litigiosa administrativa, conforme o caso, importa em renúncia ao direito de recorrer ou desistência do recurso interposto.

Recurso voluntário negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Júlio César Alves Ramos – Presidente

Robson José Bayerl – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Júlio César Alves Ramos, Jean Cleuter Simões Mendonça, Robson José Bayerl, Eloy Eros da Silva Nogueira, Angela Sartori e Cláudio Monroe Massetti.

Relatório

Cuida o processo de auto de infração de PIS/Pasep, período junho a dezembro de 2007, para constituir diferenças oriundas da exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição.

Narra a autuação que o contribuinte ingressou com mandado de segurança (2007.60.03.000385-9) questionando a inclusão do imposto estadual na apuração das contribuições para o PIS/Pasep e Cofins, sendo deferida liminar favorável ao demandante. Em sentença, foi confirmada a liminar apenas em relação à Cofins, não se manifestando a autoridade judicial acerca do PIS/Pasep. A decisão foi embargada, porém, antes de examinar o aclaratório, o magistrado despachou o processo determinando sua suspensão, por força da pendência de julgamento da ADC nº 18.

Informa ainda o autuante que a Procuradoria da Fazenda Nacional foi consultada a respeito da situação e concluiu, em relação ao PIS/Pasep, não haver medida judicial alguma amparando a pretensão do contribuinte, o que motivou a lavratura do auto sem suspensão da exigibilidade do crédito tributário respectivo e com multa de ofício.

Em impugnação o contribuinte tachou o lançamento de nulo, por vício no procedimento fiscal, decorrente de falhas na emissão e prorrogação do Mandado de Procedimento Fiscal – MPF, citando jurisprudência administrativa, e asseverou que o débito estaria com a exigibilidade suspensa por determinação judicial, uma vez que a decisão judicial não negou a extensão do direito ao PIS/Pasep, mas tão-somente omitiu-se a seu respeito. No mérito, pugnou pela improcedência do lançamento, aduzindo que o ICMS não se qualifica como faturamento da pessoa jurídica.

A DRJ Campo Grande/MS rechaçou o vício de nulidade e declarou a renúncia às instâncias administrativas devido à concomitância entre o processo judicial e o administrativo tratando da mesma matéria. Quanto à suspensão da exigibilidade, aduziu que, nos termos do art. 7º, § 3º da Lei nº 12.016/2009, uma vez que a sentença era silente sobre o PIS/Pasep, não seria possível reconhecê-la.

Em recurso voluntário o contribuinte refutou a renúncia à discussão administrativa e, na sequência, reprisou, com alguma variação, os fundamentos da impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Robson José Bayerl, Relator

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 06/08/2014 por ROBSON JOSE BAYERL, Assinado digitalmente em 06/08/2014 p

or ROBSON JOSE BAYERL, Assinado digitalmente em 07/08/2014 por JULIO CESAR ALVES RAMOS

Impresso em 12/08/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

O recurso interposto é tempestivo e preenche os demais requisitos para sua admissibilidade, motivo pelo qual deve ser conhecido.

Inicialmente peço licença para inverter a ordem de enfrentamento das questões, tais como postas na peça contestatória, para facilitar o entendimento e organizar a fundamentação do voto.

Neste sentido, principio por examinar a propalada nulidade do lançamento por pretensos defeitos na emissão e prorrogações do Mandado de Procedimento Fiscal – MPF e já acentuo que desde há muito foi superada a jurisprudência citada pelo decorrente, que vislumbrava em tal situação um vício incontornável do ato administrativo de lançamento.

Hodiernamente vige a exegese segundo a qual tal elemento é mero instrumento de controle administrativo que não possui o condão de viciar o lançamento, cujos requisitos mínimos de validade vêm arrolados no art. 10 do Decreto nº 70.235/72, dele não constando a prévia emissão do mandado em comento, como decidido pela autoridade julgadora de primeiro grau administrativo.

O exercício legal da atividade de lançamento cometido às autoridades fiscais deflui e é atribuída diretamente dos textos legais, a saber, art. 142 do Código Tributário Nacional e Lei nº 10.593/2002, não podendo ser restringida por atos normativos de inferior hierarquia, como o caso das portarias, ainda que emanadas da Secretaria da Receita Federal.

Para referendar o posicionamento, colaciono, de forma exemplificativa, acórdãos desta casa julgadora:

“NORMAS PROCESSUAIS - FALTA MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - NULIDADE DO LANÇAMENTO - INEXISTÊNCIA - A Portaria SRF nº 1.265, de 1999, que instituiu o Mandado de Procedimento Fiscal - MPF, em virtude do princípio da legalidade (CF, art. 5º, inc. II) e da hierarquia das leis, não se sobrepõe às disposições do Código Tributário Nacional - CTN, às do Decreto nº 70.235, de 1972, em especial às dos arts. 7º e 59, que versam, respectivamente, sobre o início do procedimento fiscal e sobre as hipóteses de nulidade do lançamento.

COMPETÊNCIA DO AUDITOR FISCAL - Disposições das Leis nºs 2.354, de 1954, e 10.793 (sic), de 2002 e do Decreto-Lei nº 2.225, de 1985, se sobrepõem à Portaria SRF nº 1.265, de 1999.

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - O Mandado de Procedimento Fiscal é apenas um instrumento gerencial de controle administrativo da atividade fiscal, que tem também como função oferecer segurança ao sujeito passivo, ao lhe fornecer informações sobre o procedimento fiscal contra ele instaurado e possibilitar-lhe confirmar, via Internet, a extensão da ação fiscal e se está sendo executada por servidores da Administração Tributária e por determinação desta.” (Ac. 102-46676, sessão de 16/03/2005).

“MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - Não obstante o fato de que o Mandado de Procedimento Fiscal representa mero instrumento de controle administrativo, não há que se falar em sua ausência nos casos em que as apurações decorreram do confronto entre os valores declarados e os apurados pelo sujeito passivo em sua escrituração contábil e fiscal, procedimento que, de forma expressa, constava do mandado original.

(...).” (Ac. 105-17007, sessão de 28/05/2008).

“MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL – MPF. O Mandado de Procedimento Fiscal instituído pela Port. SRF nº 1.265, de 22/11/99, é um instrumento de planejamento e controle das atividades de fiscalização, dispondo sobre a alocação da mão-de-obra fiscal, segundo prioridades estabelecidas pelo órgão central. Não constitui ato essencial à validade do procedimento fiscal de sorte que a sua ausência ou falta da prorrogação do prazo nele fixado não retira a competência do auditor fiscal que é estabelecida em lei (art. 7º da Lei nº 2.354/54 c/c o Dec.lei nº 2.225, de 10/01/85) para fiscalizar e lavrar os competentes termos. A inobservância da mencionada portaria pode acarretar sanções disciplinares, mas não a nulidade dos atos por ele praticados em cumprimento ao disposto nos arts 950, 951 e 960 do RIR/94. 142 do Código Tributário Nacional. O MPF, todavia, é essencial à validade do lançamento quando efetuado com fundamento na Lei Complementar nº 105/2001- Lei 9.311/96, art. 11, § 3º, nova redação dada pelo art. 1º da Lei 10.174, de 09.01.2001, e Decreto nº 3.724, de 10.01.2001, por se tratar de normas formais ou procedimentais que ampliam o poder de fiscalização com aplicação imediata, alçando fatos pretéritos, consoante o disposto no artigo 144, § 1º, do Código Tributário Nacional.

(...).” (Ac. 107-08991, sessão de 25/04/2007)

Outrossim, na precisa lição de Paulo de Barros Carvalho¹, o lançamento é um ato administrativo e não um verdadeiro procedimento, assim entendido como uma série de atos concatenados que se conjugam para composição de um todo unitário visando um fim específico, como faz crer o art. 142 do CTN, *verbis*:

“Caracterizar o lançamento como um procedimento, consoante a expressão do art. 142 do Código Tributário Nacional, é atuar com grande imprecisão. Se o procedimento se substancia numa série de atos, que se conjugam objetivamente, compondo um todo unitário para consecução de um fim determinado, torna-se evidente que, ou escolhemos o ato final da série, resultado de um procedimento, para identificar a existência da entidade, ou haveremos de reconhecê-lo, assim que instalado o procedimento, com a celebração dos primeiros atos. Parece óbvio que não basta haver procedimento para que exista lançamento. Ainda mais, pode haver lançamento sem qualquer procedimento que o anteceda, porque aquele nada mais é do que um ato jurídico administrativo (...).”

Prossegue o autor apresentando o seu conceito de lançamento:

“Lançamento é o ato jurídico administrativo, da categoria dos simples, modificativos ou assecuratórios e vinculados, mediante o qual se declara o acontecimento do fato jurídico tributário, se identifica o sujeito passivo da obrigação correspondente, se determina a base de cálculo e alíquota aplicável, formalizando o crédito e estipulando os termos de sua exigibilidade.

¹ *Curso de Direito Tributário*. 10ª edição, revista e aumentada. Ed. Saraiva. São Paulo: 1998. págs. 261, 264 e 265.

Na mesma linha seguem as colocações de Marcos Vinicius Neder e Maria Tereza Martinez López²:

“Embora esse dispositivo (art. 142 do CTN) tenha se referido ao lançamento como ‘procedimento’, a doutrina majoritária, embasada nos parâmetros da Teoria Geral do Direito e do Direito Administrativo, tem sustentado tratar-se apenas de um ato administrativo. Os que assim defendem partem da premissa de que o ato administrativo é aquele que cria, modifica e extingue direitos, e o ato de lançamento tem exatamente a função de constituir o direito pelo qual o Fisco pode exigir o crédito tributário.

(...)

Assim, pode-se afirmar que o lançamento é ato administrativo, que decorre de um procedimento fiscal, de caráter declaratório de um fato ocorrido, impositivo e constitutivo de uma relação jurídico-tributária entre o sujeito ativo, representado funcionalmente pelo agente fiscal do ato, e o sujeito passivo a quem fica acometido um dever jurídico, cujo objeto é o pagamento de uma obrigação pecuniária.”

Portanto, considerando que o procedimento de fiscalização não é componente e sequer exigência para formalização do lançamento, haja vista que em determinadas situações é providência dispensável, não há como admitir que vícios porventura verificados nesta etapa tenham o condão de contaminar e eivar de nulidade o lançamento dele decorrente.

Respeitante à alteração sobre a inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições para o PIS/Pasep e Cofins é incontestável sua dedução perante o Poder Judiciário, esbarrando a pretensão de debater esta questão nesta seara na impossibilidade de concomitância de discussões sobre a mesma matéria na esfera judicial e administrativa, porquanto vigora em nosso sistema jurídico positivo o princípio da unidade de jurisdição, o poder de dizer o direito, como palavra final, que é prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário, de modo que a opção do contribuinte pela via judicial importa em renúncia ao direito de recorrer ou desistência do recurso administrativo porventura apresentado, como se extrai do art. 1º, § 2º do Decreto-Lei nº 1.737/79, *in verbis*:

“Art 1º - Serão obrigatoriamente efetuados na Caixa Econômica Federal, em dinheiro ou em Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, ao portador, os depósitos:

I - relacionados com feitos de competência da Justiça Federal;

II - em garantia de execução fiscal proposta pela Fazenda Nacional;

III - em garantia de crédito da Fazenda Nacional, vinculado à propositura de ação anulatória ou declaratória de nulidade do débito;

IV - em garantia, na licitação perante órgão da administração pública federal direta ou autárquica ou em garantia da execução de contrato celebrado com tais órgãos.

§ 1º - O depósito a que se refere o inciso III, do artigo 1º, suspende a exigibilidade do crédito da Fazenda Nacional e elide a respectiva inscrição de Dívida Ativa.

§ 2º - A propositura, pelo contribuinte, de ação anulatória ou declaratória da nulidade do crédito da Fazenda Nacional importa em renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto." (destacado)

6.830/80: Não discrepa, quanto a substância, o teor do art. 38, parágrafo único da Lei nº

"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." (destacado)

Desta Casa Julgadora, cito o verbete da súmula CARF nº 1 (*Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial*) e o art. 78, § 2º, in fine do seu Regimento Interno, aprovado pela Portaria MF nº 256/2009, que reproduzo:

"Art. 78. Em qualquer fase processual o recorrente poderá desistir do recurso em tramitação.

(...)

§ 2º O pedido de parcelamento, a confissão irretratável de dívida, a extinção sem ressalva do débito, por qualquer de suas modalidades, ou a propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda Nacional, de ação judicial com o mesmo objeto, importa a desistência do recurso.

(...)" (grifei)

Da leitura dos excertos coligidos, infere-se sem maiores dificuldades que a legislação de regência afasta qualquer possibilidade de discussão paralela de questão submetida tanto à esfera administrativa quanto a judicial, prevalecendo, sempre este último em vista do já aventado monopólio da jurisdição.

Na lição de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart³, certas circunstâncias, quando presentes no processo, tomam caráter de verdadeiro "negócio processual", alterando os direitos processuais conferidos aos sujeitos do processo, tal é o que ocorre na renúncia ao direito de recorrer e na desistência do recurso interposto, diferindo uma do outra na medida em que esta última se opera posteriormente ao oferecimento do recurso, enquanto aquela antecede à sua apresentação.

³ Manual do Processo de Conhecimento. 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. pag. 516 e 518.

Assim, pouco importa que a opção pela via judicial seja anterior ao lançamento, como alega o recorrente, uma vez que a submissão da causa ao Poder Judiciário redunda **sempre** na renúncia ao direito de recorrer ou na desistência do recurso interposto.

De outra banda, deve-se reconhecer que a nulidade do lançamento, como ponto controvertido não tratado no *mandamus* respectivo, é matéria distinta daquela constante do processo judicial e, como tal deve ser decidida, o que foi feito pela decisão recorrida e também na presente oportunidade, não havendo cabimento para qualquer reprimenda, devendo a decisão administrativa *a quo* ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

Com estas considerações, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário.

Robson José Bayerl