



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

Processo n° 10469.723099/2015-62
Recurso n° Embargos
Acórdão n° 3201-004.395 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de outubro de 2018
Matéria IPI
Embargante PROCURADORIA DA FAZENDA NACIONAL
Interessado NORSA REFRIGERANTES LTDA

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI

Período de apuração: 01/01/2010 a 31/12/2011

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. CABIMENTO.

Cabíveis Embargos de Declaração para sanear omissão existente na fundamentação do acórdão recorrido.

CONCOMITÂNCIA.

Deve ser reconhecida concomitância com processo judicial findo quando persistente a discussão acerca da abrangência da decisão de mérito transitada em julgado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em acolher os Embargos de Declaração, sem efeitos infringentes, apenas para sanear a omissão apontada.

(assinado digitalmente)

Charles Mayer de Castro Souza - Presidente.

(assinado digitalmente)

Tatiana Josefovicz Belisário - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Charles Mayer de Castro Souza, Marcelo Giovanni Vieira, Tatiana Josefovicz Belisário, Paulo Roberto Duarte Moreira, Pedro Rinaldi de Oliveira Lima, Leonardo Correia Lima Macedo, Leonardo Vinicius Toledo de Andrade e Laércio Cruz Uliana Junior.

Relatório

Tratam-se de Embargos de Declaração opostos pela Procuradoria da Fazenda Nacional em face do acórdão nº 3201-003.452, de minha relatoria, votado em sessão de 27 de fevereiro de 2018, pelo qual por maioria de votos, esta Turma houve por bem em não conhecer o recurso voluntário quanto às isenções da ZFM, em razão da concomitância.

O acórdão foi assim ementado:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2010 a 31/12/2011

CONCOMITÂNCIA. AÇÃO JUDICIAL. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 1 DO CARF.

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.

Cientificada do acórdão, a Procuradoria da Fazenda Nacional opôs Embargos de Declaração, assim examinados pelo Despacho de Admissibilidade de fls. 1.305 e seguintes:

Nos Embargos de Declaração a Fazenda Nacional afirma que o Acórdão 3201-003.452, proferido pela 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 3ª Seção de Julgamento do CARF, incorre em OMISSÃO, CONTRADIÇÃO e OBSCURIDADE acerca de questões essenciais à adequada apreciação da lide.

Destaca a embargante:

...cuida-se de acórdão que não conheceu do recurso voluntário recurso voluntário quanto às isenções da ZFM, em razão da concomitância entre o processo administrativo em julgamento e o Mandado de Segurança Coletivo nº 91.0047783-4, impetrado pela Associação dos Fabricantes de Coca-Cola perante a Justiça Federal do Rio de Janeiro. Eis a ementa do acórdão, verbis:

(...)

Uma vez que o voto-vencedor expressamente reconheceu que o Colegiado acatou o posicionamento externado pela Conselheira Relatora Tatiana Josefovicz Belisário no tocante à participação da Recorrente no Mandado de Segurança Coletivo nº 91.00477834, divergindo apenas da possibilidade de enfrentamento do mérito da lide, convém transcrever as razões pelas quais o voto-vencido fundamentou-se em relação ao ponto crucial no deslinde da questão a ser dirimida nos presentes Embargos. Confira-se:

(...)

*Da conjugação da fundamentação supra colacionada (voto vencedor e voto vencido), verifica-se que há **obscuridade** no julgado, uma vez que, ao reconhecer a concomitância, o v. acórdão embargado quedou-se **obscuro** quanto ao fato incontroverso e que constitui condição sine qua non para que seja aplicável a decisão no Mandado de Segurança Coletivo n.º 91.00477834, qual seja: **a Recorrente sequer era associada da AFBCC ao tempo da propositura da ação coletiva e tampouco era domiciliada no âmbito da jurisdição do órgão julgador do MSC n.º 91.0047783-4.***

O fato incontroverso evidenciado pela constituição da empresa REAL COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE BEBIDAS (incorporada pela NORSA em 31/07/2013) em data POSTERIOR à propositura do mandado de segurança coletivo impede que a Recorrente seja beneficiada pelos efeitos da decisão prolatada no MSC n.º 91.0047783-4, tendo em vista o óbice exposto do art. 2º-A da Lei n.º 9.494/97, cuja constitucionalidade foi reiterada pelo eg. STF.

Outrossim, a fiscalizada possuía sede em Macaíba/RN, circunstância essa que, por si só, igualmente afasta qualquer possibilidade dela se beneficiar da decisão judicial prolatada na referida ação mandamental, tal como julgado pelo STF no Agravo Regimental na Reclamação n.º 7778, que definitivamente concluiu que o provimento judicial proferido naquela ação coletiva teve seus efeitos restritos aos associados domiciliados no Rio de Janeiro, território do órgão prolator da decisão.

De plano, insta ressaltar que, a Recorrente está estabelecida fora do limite territorial de jurisdição do órgão prolator (a jurisdição do TRF2 abrange os estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo), o que afasta a decisão judicial proferida nos autos do Mandado de Segurança Coletivo n.º 91.0047783-4, impetrado pela Associação dos Fabricantes de Coca-Cola perante a Justiça Federal do Rio de Janeiro.

Outrossim, o acórdão embargado incorre em flagrante OMISSÃO, uma vez aplica o entendimento sufragado na Súmula CARF n. 01, a qual prevê a concomitância em caso de discussão simultânea no Poder Judiciário envolvendo o mesmo objeto do processo administrativo para integrar no dispositivo, porém não esclarece quais os motivos nos quais se fundamentou para tal, uma vez que a ação judicial que supostamente teria o mesmo objeto do processo administrativo (MSC n.º 91.0047783-4), já transitou em julgado.

Isto porque a concomitância pressupõe a existência simultânea de dois processos, um judicial e outro administrativo, versando sobre a mesma matéria.

Essa obscuridade no julgamento pode gerar inúmeras dúvidas ao longo do processo.

No caso em apreço, não estaríamos nem diante de concomitância (uma vez que o processo judicial em apreço já exauriu-se), nem muito menos de aplicabilidade da coisa julgada coletiva à contribuinte, por se tratar de decisão que somente alcança associados localizados no Rio de Janeiro.

(...) Em suma, é mister sejam esclarecidas as OBSCURIDADES e OMISSÕES apontadas, a fim de que se esclareçam as razões pelas quais o Colegiado decidiu por reconhecer a concomitância entre a ação judicial e o processo administrativo, ante a demonstração inequívoca dos autos (fato incontroverso) de que a Recorrente sequer era associada da AFBCC ao tempo da propositura da ação coletiva² e tampouco era domiciliada no âmbito da jurisdição do órgão julgador do MSC nº 91.0047783-4. (grifos originais).

Os referidos Embargos foram parcialmente admitidos "apenas no que tange ao vício de omissão sobre ponto sobre o qual devia pronunciar-se a turma, precisamente quanto à identidade de matérias litigadas no processo administrativo e judicial".

Os autos foram então a mim devolvidos para prolação de decisão e indicação para a pauta.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Tatiana Josefovicz Belisário - Relatora

Conforme relatado, a omissão a ser saneada, nos termos dos Embargos de Declaração opostos pela PGFN, é a seguinte:

*Outrossim, o acórdão embargado incorre em flagrante **OMISSÃO**, uma vez aplica o entendimento sufragado na Súmula CARF n. 01, a qual prevê a concomitância em caso de discussão simultânea no Poder Judiciário envolvendo o mesmo objeto do processo administrativo para integrar no dispositivo, porém não esclarece quais os motivos nos quais se fundamentou para tal, uma vez que a ação judicial que supostamente teria o mesmo objeto do processo administrativo (MSC nº 91.0047783-4), já transitou em julgado.*

Isto porque a concomitância pressupõe a existência simultânea de dois processos, um judicial e outro administrativo, versando sobre a mesma matéria.

*Essa **obscuridade** no julgamento pode gerar inúmeras dúvidas ao longo do processo.*

No caso em apreço, não estaríamos nem diante de concomitância (uma vez que o processo judicial em apreço já exauriu-se), nem muito menos de aplicabilidade da coisa julgada coletiva à contribuinte, por se tratar de decisão que somente alcança associados localizados no Rio de Janeiro.

*Convém repisar que o Mandado de Segurança Coletivo a que se refere a decisão ora embargada foi impetrado pela Associação dos Fabricantes Brasileiros de Coca-Cola, perante a 22ª Vara Federal do Rio de Janeiro, em face de ato iminente do Delegado da Receita Federal no Rio de Janeiro, como se nota da exordial colacionada aos autos. Mas a fiscalizada **possuía sede em Macaíba/RN**, circunstância essa que, por si só, já afasta qualquer possibilidade dela se beneficiar da decisão judicial prolatada na referida ação mandamental.*

Diante dessas circunstâncias fáticas, que em nada se assemelham ao caso dos autos – em que o MSC foi impetrado, especificamente, contra ato do Delegado da Receita Federal do Rio de Janeiro e teve suas decisões proferidas apenas no sentido de reconhecer o direito ao crédito na aquisição de concentrados da ZFM, sem, no entanto, ampliar essa concessão a todos os associados do país, conforme decidido no acórdão ora embargado.

*Além disso, **infere-se da petição inicial que o MSC se amparou no art. 9º do DL 288/1967 (fundamento legal do art. 69, II, do Decreto 4544/2002 – RIPI 2002), que por sua vez contempla a isenção do IPI para a saída dos produtos industrializados na ZFM, mas NÃO enseja a geração de crédito.***

A omissão a ser saneada, nos termos do Despacho de Admissibilidade, é a seguinte:

*Do cotejo dos excertos dos votos vencido e vencedor, constata-se que assiste razão à Embargante, visto há omissão sobre ponto sobre o qual devia pronunciar-se a turma, precisamente quanto à identidade de matérias litigadas no processo administrativo e judicial, uma vez que a indedeterminação quanto à [...**matéria discutida no presente processo.**] não permite a identificação da igualdade de objeto, condição necessária segundo as normas de regência, art. 87 do Decreto nº 7.574, de 29 de setembro de 2011 e Parecer Normativo RFB nº 7, de 22 de agosto de 2014, DOU de 27.8.2014, assim ementado:*

(...)

*Isso posto, com fundamento no art. 66, do Anexo II, do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015, **DOU SEGUIMENTO PARCIAL** aos Embargos de Declaração opostos pela Fazenda Nacional, apenas no que tange ao vício de omissão sobre ponto sobre o qual devia pronunciar-se a turma, precisamente quanto à identidade de matérias litigadas no processo administrativo e judicial*

A omissão indicada encontra-se presente no voto vencedor proferido pelo Conselheiro Winderley Moraes Pereira, que não mais integra esta Turma Julgadora.

Com efeito, esta Relatora, em seu voto, afastou expressamente a tese da concomitância pelo mesmo fundamento utilizado pela PGFN em seus Embargos de Declaração

no sentido de que a concomitância exige a simultaneidade entre o processo judicial e administrativo.

Transcrevo trecho do Voto Vencedor acerca da concomitância reconhecida:

*Considerando, a **existência de ação judicial em que a Recorrente é parte e que trata da matéria discutida no presente processo.** Resta prejudicada a apreciação administrativa do recurso voluntário, nos termos definidos na súmula 1 do Carf.*

*Quanto a possibilidade de utilização dos benefícios fiscais previstos para a Amazônica Ocidental. Entendo, **que para esta matéria também não se pode conhecer do recurso. A maioria da turma decidiu pela existência de ação judicial discutindo a aplicação dos benefícios fiscais da Zona Franca de Manaus. Assim, caso seja analisado a matéria referente a Amazônia Ocidental, a turma estaria enfrentando matéria ligada diretamente ao mérito da presente lide, que já está submetida ao Poder Judiciário, pois se enfrentado a turma teria que se manifestar sobre a aplicação do benefício fiscal referente a Amazônia Ocidental em substituição ou de forma concomitante ao benefício fiscal previsto para a Zona Franca de Manaus. O que implicaria em adentrar a matéria que vai ser dirimida pelo Poder Judiciário, Assim, a turma entendeu por não conhecer da matéria referente ao pedido de aplicação subsidiária do benefício previsto para a Amazônia Ocidental.***

Diante do exposto, voto, no sentido de acatar a posição da Relatora quanto a participação da Recorrente no Mandado de Segurança Coletivo nº 91.00477834 e não conhecer do restante do recurso voluntário.

Ainda que esta Relatora possua entendimento divergente, para melhor esclarecer o quanto restou decidido por maioria de votos da Turma Julgadora, adiciono à fundamentação do Redator do Voto Vencedor os seguintes esclarecimentos.

O presente Auto de Infração exigia da contribuinte o IPI decorrente da indevida apropriação de créditos sobre a aquisição de matéria prima de pessoa jurídica situada na Zona Franca de Manaus sujeita à isenção.

Constata-se da Impugnação apresentada pelo contribuinte que a principal alegação de defesa consiste na aplicação da coisa julgada formada no Mandado de Segurança Coletivo nº 91.0047783-4, que lhe assegura o justamente o direito de não serem compelidos a estornar o crédito do IPI incidente sobre as aquisições de matéria prima isenta de fornecedor situado na Zona Franca de Manaus, cuja saída esteja sujeita ao IPI.

Esses são os termos da decisão proferida na referida ação:

Processo nº 10469.723099/2015-62
Acórdão n.º 3201-004.395

S3-C2T1
Fl. 1.314

APelação EM MS Nº015127 PROCESSO Nº 96.02.06050-6

DESEMBARGADOR : DESIGNADO PARA ACÓRDÃO: DES. FED. NEY FONSECA
RELATORA : DESEMBARGADORA FEDERAL JULIETA LÍDIA LUNZ
APELANTE : ASSOCIAÇÃO DOS FABRICANTES BRASILEIROS DE COCA-COLA
ADVOGADO : JOÃO DODSWORTH CORDEIRO GUERRA e outros
APELADO : UNIÃO FEDERAL / FAZENDA NACIONAL

EMENTA

TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - MATÉRIA PRIMA PROCEDENTE DA ZONA FRANCA DE MANAUS - COMPENSAÇÃO DE VALOR NÃO TRIBUTADO POR ISENÇÃO - PRECEDENTES JUDICIAIS. I - Cabente o creditamento do valor do IPI que, em razão de isenção, deixou de ser tributado em operação anterior, para que se dê pleno alcance ao princípio constitucional de não cumulatividade, enunciado sem restrições para esse imposto.

II - Recurso a que se dá provimento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas.

Decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, à unanimidade, dar provimento ao recurso, vencida, em parte, a Relatora. Lavrará o acórdão o Des. Fed. Ney Fonseca.

Rio de Janeiro, 28 de abril de 1998 (data de julgamento).

O próprio Termo de Verificação Fiscal reconhece que a questão de direito debatida é exatamente a mesma objeto do Mandado de Segurança Coletivo nº 91.0047783-4, para o qual a Turma Julgadora, por maioria de votos, identificou a concomitância:

4 DA AÇÃO JUDICIAL – EFEITOS DA DECISÃO PROFERIDA NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO – MSC Nº 91.00477834

Compulsando o MSC constatamos que a AFBCC representava todos os fabricantes de CocaCola, no entanto, a Real Comércio e Indústria de Bebidas era empresa detentora de franquia da marca RC COLA. Desse modo, não existiria qualquer possibilidade da empresa Real ser beneficiária da decisão prolatada na referida ação judicial, conforme explicitamos com mais detalhes nos parágrafos seguintes.

A empresa Real Comércio e Indústria de Bebidas LTDA foi constituída em 01/08/1997, sendo seu objeto social preponderante a fabricação de refrigerantes. Em 09/07/2007, pela 10ª alteração contratual, ocorreu alteração do controle da Real Comercio com a exclusão dos sócios antigos e a inclusão de novos sócios: NRN COMERCIO DE BEBIDAS LTDA – pertencente ao Grupo Norsa, fabricante de refrigerantes da marca CocaCola.

O outro sócio incluído foi AUGUSTO CESAR PARADA. Em 18/02/2008, retirase da sociedade AUGUSTO CESAR PARADA cedendo suas cotas para ANDRÉ LEONARDO ALVES SEABRA SALLES, conforme consta da 12ª alteração e consolidação do Contrato Social. (...)A Norsa Refrigerantes, através da 18ª alteração do Contrato Social da Real Comércio, datada de 31/07/2013, sucedeu por incorporação a empresa REAL COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE BEBIDAS LTDA.

O contribuinte informou que tinha direito ao crédito de IPI, decorrente da aquisição de insumos oriundos da Zona Franca de Manaus, em razão da coisa julgada formada nos autos do mandado de segurança coletivo nº 91.00477834, impetrado pela Associação dos Fabricantes Brasileiros de CocaCola.

Ocorre que a empresa Norsa Refrigerantes só incorporou a Real Comércio em 31/07/2013, portanto, muito tempo depois do trânsito em julgado do MSC. Além disso, quando o controle da Real Comércio passou para o Grupo Norsa, já estava em vigor a Lei n.º 9.494, de 10/09/1997, que no seu art. 2ºA, transcrito abaixo, trata dos efeitos da coisa julgada nas ações coletivas. (...)

Sobre os efeitos das sentenças impetradas por entidades associativas, posicionou-se o STF, em recente decisão com repercussão geral, cuja ementa segue abaixo, no sentido da obrigatoriedade da autorização expressa dos associados e da lista destes juntada à inicial. (...)

Pelo descrito nos parágrafos acima, concluímos que a sentença não abrangeria a Real Comércio, uma vez que o contribuinte não fazia parte da lista juntada à petição inicial e também apenas os substituídos que tinham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do juízo vinculado ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região, ou seja, os Estados de Rio de Janeiro e Espírito Santo.

Nota-se que, na autuação, a não aplicação da decisão judicial aos fatos geradores objeto da autuação ocorreu exclusivamente em razão do entendimento fiscal de que esta não seria aplicável pelo fato de o contribuinte autuado **(i)** estar situado fora da jurisdição do Juízo prolator também por **(ii)** não ser associado à Autora da demanda coletiva à época dos fatos geradores (ambos os argumentos foram afastados pelo acórdão embargado). O fato de a ação judicial tratar exatamente do mesmo direito negado ao contribuinte quando da lavratura do Auto de Infração jamais foi questionado, sendo, portanto, incontroverso.

É em face da absoluta identidade entre o fundamento do lançamento com o quanto restou decidido em sede de Mandado de Segurança Coletivo que a Turma Julgadora decidiu, por maioria, pela concomitância, assim entendida como a identidade entre partes (contribuinte e Fazenda Nacional) e pedido (direito de apropriação de créditos na aquisição de mercadorias isentas oriundas da Zona Franca de Manaus).

Entendeu a Turma Julgadora, outrossim, por sua maioria, que a circunstância de a ação judicial ter tido seu trânsito em julgado de mérito antes mesmo da lavratura do Auto de Infração não seria suficiente para afastar a existência da concomitância. Isso porque, em que pese a existência de trânsito em julgado quanto ao direito (mérito), a controvérsia judicial acerca do alcance territorial da referida decisão - e, conseqüentemente, sua aplicação ao contribuinte ora Embargado - perdurou até a decisão proferida em sede de Embargos de Declaração pela Ministro Gilmar Mendes em 11 de maio de 2017 nos autos da Reclamação nº 7.778/SP (incidental ao MSC) e Decisão no Recurso Especial nº 1.438.361, de relatoria do Ministro OgFernandes.

A Referida decisão judicial consolidou o entendimento de que o art. 2ºA da Lei 9.494/97 não se aplica ao Mandado de Segurança Coletivo nº 91.00477834, portanto, que a decisão nele proferida se aplica a todos os substituídos, independentemente da sua localização geográfica, conforme já detalhado no voto anteriormente proferido por esta Relatora.

Logo, as premissas nas quais se fundamentou a posição vencedora para aplicar a concomitância são:

(i) o Mandado de Segurança Coletivo nº 91.0047783-4 assegura aos impetrados / substituídos o direito de não serem compelidos a estornar o crédito do IPI incidente sobre as aquisições de matéria prima isenta de fornecedor situado na Zona Franca de Manaus, cuja saída esteja sujeita ao IPI. Nesse ponto reside a identidade de objeto entre a defesa do contribuinte no presente Auto de Infração e o objeto da discussão travada nos autos da referida demanda judicial;

(ii) a decisão judicial proferida no Mandado de Segurança Coletivo nº 91.0047783-4 aplica-se aos contribuintes localizados em todo o território nacional, não lhe sendo aplicável a limitação contida no art. 2A da Lei nº 9.494/97, nos termos da decisão proferida nos autos da Reclamação nº 7.778/SP (incidental ao MSC) e Decisão no Recurso Especial nº 1.438.361, de relatoria do Ministro Og Fernandes.

(iii) a decisão judicial proferida no Mandado de Segurança Coletivo nº 91.0047783-4 aplica-se ao contribuinte autuado, ainda que este não fosse associado no momento da impetração da demanda coletiva, nos termos da fundamentação constante do Voto proferido por esta Relatora, da qual não divergiu a Turma Julgadora.

Assim, o reconhecimento da concomitância implica na necessidade de observância, pela Autoridade Lançadora, do que restou decidido nos autos do Mandado de Segurança Coletivo nº 91.0047783-4.

Em que pese discordar do voto vencedor quanto à declaração de concomitância, acresço ao voto vencedor a fundamentação na qual se sustentou a Turma Julgadora ao firmar o posicionamento vencedor.

Por todo exposto, voto por **ACOLHER** os **Embargos de Declaração sem Efeitos Infringentes** apenas para sanear a omissão apontada.

Conselheira Tatiana Josefovicz Belisário