



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

Processo nº 10830.012174/2008-61
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3302-01.111 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 08 de julho de 2011
Matéria IPI - PROCESSO JUDICIAL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO
Recorrente NUTRIARA ALIMENTOS LTDA.
Recorrida RIBEIRÃO PRETO/SP

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI

Período de apuração: 11/12/1999 a 31/12/2006

DECADÊNCIA. DIREITO DO FISCO EM PROMOVER O LANÇAMENTO, PARA PREVENÇÃO DA DECADÊNCIA, AINDA QUE HAJA CONDIÇÃO SUSPENSIVA DE EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO.

É cediço que ao Fisco é garantido o direito de lançar o tributo cuja exigibilidade esteja suspensa por decisão judicial. Ao deixar de fazê-lo, e transcorridos mais de 05 anos da data da ocorrência do fato gerador, é imperioso o reconhecimento da decadência.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM PROCESSO JUDICIAL. EFEITO SUSPENSIVO DA DECISÃO PROFERIDA. Os Embargos de Declaração têm por finalidade esclarecer o conteúdo da decisão anteriormente proferida. Se há alguma obscuridade, dúvida ou omissão é impossível permitir que a decisão surta efeitos, sob pena de a decisão dos Embargos de Declaração alterar seu conteúdo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário, nos termos do voto da relatora. Vencido o conselheiro Walber José da Silva, quanto à decadência.

(assinado digitalmente)

WALBER JOSÉ DA SILVA - Presidente.

(assinado digitalmente)

FABIOLA CASSIANO KERAMIDAS - Relatora.

EDITADO EM: 07/10/2011

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Walber José da Silva, José Antonio Francisco, Alan Fialho Gandra, Fabiola Cassiano Keramidas, Alexandre Gomes e Gileno Gurjão Barreto.

Relatório

1. Trata-se de Auto de Infração (fls. 02/51), cuja ciência foi dada ao contribuinte em 03/12/08, constituindo crédito de IPI, relativo aos períodos de 12/1999 a 12/2006. Segundo o Termo de Verificação Fiscal (fls.52/64) o crédito tributário foi constituído pois a ora Recorrente teria deixado de recolher o imposto (ou recolhê-lo a menor), em razão da apuração indevida de determinados créditos.

2. Segundo consta do TVF, tais créditos referem-se a insumos isentos e/ou tributados com alíquota zero do imposto, e se fundamentam em Agravo de Instrumento (2000.03.00.006988-5), referenciado no próprio Livro de Apuração do IPI.

3. Referido recurso, com efeito suspensivo a partir de 15/02/2000, garantiu à Recorrente o direito ao crédito de IPI sobre matérias primas isentas, não tributadas, e/ou sujeitas à alíquota zero (pleiteado em medida liminar que lhe foi negada, nos autos do Mandado de Segurança nº 1999.61.05.017591-6, que tinha por objeto justamente o direito ao creditamento em questão).

4. Em 30/10/2001, foi concedida a segurança, nos autos do MS impetrado pela Recorrente, e em 31/10/2007 o Tribunal Regional Federal da 3ª Região deu parcial provimento à Remessa Oficial, para determinar:

"ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, dar parcial provimento à remessa oficial, reconhecendo o crédito do IPI apenas na aquisição de matéria-prima e insumos isentos, oriundos da Zona Franca de Manaus, atualizado monetariamente e observada a prescrição quinquenal, nos termos do voto do Relator, conforme relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado."

5. Contra referida decisão a Recorrente opôs Embargos de Declaração, alegando obscuridades na decisão proferida. Segundo consta na página eletrônica do Tribunal, em 17/11/2009, foi publicado no DOU Eletrônico a decisão que rejeitou os Embargos, por entender que não havia obscuridade na decisão, e que o recurso foi interposto com vistas à modificar o conteúdo da decisão. Em 15/04/2010, transitou em julgado esta decisão.

6. Em 23/10/2008, foi aberta a fiscalização que culminou no lançamento ora sob análise. Segundo entendimento do Fisco os Embargos de Declaração não teriam efeito suspensivo.

7. Intimada a informar sobre aquisições de "matérias primas e insumos isentos", oriundos de empresas situadas na Zona Franca de Manaus a Recorrente afirmou que nos anos de 2005 e 2006 não efetuou compras nessas condições (fls. 149). Mesma resposta foi

dada à intimação que questionou sobre aquisições, nessas condições, eventualmente efetuadas no período de 12/1999 a 12/2004 (realizadas com base nas decisões proferidas com base no Mandado de Segurança impetrado – fls. 263).

8. Ainda, segundo o TVF, o Fisco entendeu que o prazo decadencial não fluíu no período de 30/10/2001 até 30/10/2007 porque a sentença teria determinado que o Fisco não realizasse qualquer ato sancionatório do direito ali garantido, qual seja, de promover o creditamento de IPI sobre insumos isentos e tributados à alíquota zero. No entender do Fisco o prazo decadencial para o período de 12/1999 a 10/2001 ficou “paralisado” desde a prolação da sentença (30/10/2001) até a prolação do acórdão (30/10/2007). No mesmo sentido, o prazo decadencial para o período de 11/2001 até 10/2007 só começou a fluir em 30/10/2007.

9. Foi objeto de glosa, também, os créditos apurados pela Recorrente sobre aquisições de Óleo BPF e Sal moído (fls. 72/73), pois o Fisco entendeu que não podem ser considerados como MP, PI ou ME, na produção de “alimentos em geral e ração balanceada” (objeto social da Recorrente).

10. Inconformada com a autuação a Recorrente apresentou sua Impugnação (fls. 1013/1031), alegando, em síntese:

- (i) Que a sentença proferida somente determinou que o Fisco se absteresse de sancionar a conduta da Recorrente, albergada na decisão, de creditar-se dos valores em questão. Todavia, em momento algum a sentença impedia que a Recorrente fosse fiscalizada, ou mesmo que fosse lavrado auto de infração para obstar a decadência;
- (ii) Necessário, portanto, reconhecer a decadência do direito de lançar relativa a parte dos períodos objeto do lançamento, uma vez que a ciência do lançamento se deu em 03/12/2008;
- (iii) O AI não está fundamentado em dispositivos que vedem o aproveitamento de crédito questionado;
- (iv) Tendo o AI sido lavrado enquanto ainda estava pendente decisão dos Embargos de Declaração opostos pela Recorrente, contra decisão judicial que autorizaria o lançamento, referida decisão estava com seus efeitos suspensos, pois a regra geral de efeitos dos recursos lhes garante efeitos suspensivos e devolutivo. Desta feita, o lançamento somente poderia ser efetuado para prevenção de decadência e, assim, sem incidência de multa ou juros.

11. Sobreveio a decisão da DRJ (fls. 1.175/1.183) que considerou o lançamento procedente, em decisão assim ementada:

“NULIDADE. REQUISITOS DO LANÇAMENTO.

É hígido o lançamento em que estão presentes todos os requisitos formais, mormente se a contribuinte exercer plenamente o direito de defesa.

DECADÊNCIA.

A modalidade de lançamento por homologação se dá quando o contribuinte apura o montante tributável e efetua o pagamento do tributo sem prévio exame da autoridade administrativa. Na ausência de pagamento não há que se falar em homologação, regendo-se o instituto da decadência pelos ditames do art. 173 do CTN.

SUSPENSÃO DO PRAZO DECADENCIAL.

Inadmissível o transcurso do prazo em desfavor do Fisco no período em que sua atuação esteve vedada por ordem judicial.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EFEITO SUSPENSIVO.

Diante da ausência de efeito suspensivo para os recursos especial e extraordinário, não há que se falar em atribuição de efeito suspensivo aos embargos de declaração interpostos contra decisão em face da qual cabe qualquer daqueles recursos.

NORMAS PROCESSUAIS. CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL.

A propositura de ação judicial, antes ou após a lavratura do auto de infração, com o mesmo objeto, impede a apreciação, pela autoridade administrativa a quem caberia o julgamento, da questão de mérito submetida ao Poder Judiciário.”

12. Por meio da apresentação do competente Recurso Voluntário a Recorrente (fls. 1.188/1.204), reiterou os argumentos apresentados em sua Impugnação, e consignando, ainda, que a multa aplicada fundamentou-se em disposição legal que já estava extinta na época do lançamento (art. 80, I da Lei nº 4.502/64 – inciso revogado pela Lei nº 11.488/07)

13. Vieram-me, então, os autos para decidir.

14. É o relatório.

Voto

Conselheira FABIOLA CASSIANO KERAMIDAS

Trata-se de Recurso Voluntário tempestivo, que atende os demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

Inicialmente analiso a preliminar de decadência. O lançamento comporta crédito tributário relativo ao período de 12/1999 a 12/2006 e a ciência do Auto de Infração foi dada ao contribuinte em 03/12/2008. Trata-se de crédito tributário de IPI, cujo lançamento se dá por homologação, nos termos do artigo 150, §4º do CTN.

No presente caso a Recorrente promoveu o recolhimento de IPI por ela declarado e pago no período, e o lançamento refere-se a diferenças apuradas em razão de a Recorrente ter contabilizado determinados créditos (sobre insumos isentos e sujeitos à alíquota zero) que, segundo o Fisco, seriam indevidos.

Segundo a Fiscalização a decadência estaria “suspensa” em razão de sentença que determinou que a autoridade fiscal se absteresse de promover qualquer ato sancionatório contra a Recorrente, no que tange ao direito de contabilizar os créditos de IPI sobre a aquisição dos insumos mencionados.

O agente fiscal realmente se equivocou ao interpretar a decisão judicial. Em primeiro lugar porque não há causa suspensiva da decadência. Este é um prazo que não se suspende, ao contrário, por exemplo, do prazo prescricional – cuja suspensão tem previsão expressa no CTN. Tanto a decadência não se suspende que o Fisco tem por hábito e obrigação promover o lançamento do crédito tributário eventualmente não constituído pelo contribuinte, ainda que exista uma causa suspensiva de sua exigibilidade (ou seja, uma causa suspensiva do direito do Fisco de executar o crédito e não de constituí-lo). Este lançamento, contudo, é efetuado sem a imposição de multa moratória (ou de qualquer outro tipo), pois o contribuinte não se encontra em mora, justamente em razão da causa suspensiva da exigibilidade do crédito, que lhe é favorável.

Assim, a sentença ao se referir à impossibilidade de o Fisco promover qualquer ato sancionatório contra Recorrente, por óbvio, referiu-se à (impossibilidade de) imposição de multa pelo não recolhimento do crédito tributário, cuja exigibilidade se encontrava suspensa em razão da sentença que lhe era favorável.

Logo, o agente fiscal confundiu suspensão de exigibilidade com suspensão do prazo decadencial, que não existe, por ausência de previsão legal. Ademais, a sentença – ao contrário do que alega o agente fiscal e a DRJ – jamais vedou o direito de o Fisco promover o lançamento preventivo, justamente, da decadência.

Também não merece acolhida a tese levantada pelo v. acórdão para justificar o lançamento decaído, no sentido de que havendo ausência de pagamento, seria aplicável o artigo 173, I do CTN. Isso porque, houve pagamento de IPI para o período em questão, tanto assim que parte dos créditos utilizados para quitação do débito de IPI foi glosada e é objeto deste processo. Ou seja, se não tivesse havido pagamento não haveria sequer créditos a serem glosados e o AI em discussão não existiria.

Assim, quando o lançamento foi realizado (em 03/12/2008) os períodos de 12/1999 a 11/2003 já estavam decaídos, razão pela qual o crédito tributário relativo a estas competências deve ser prontamente cancelado.

Em relação aos demais períodos objeto do lançamento (de 12/2003 a 12/2006), a controvérsia que permeia os autos refere-se aos efeitos dos Embargos de Declaração, mormente para definir se têm efeito suspensivos ou não. A meu ver, e conforme manifestações já apresentadas em julgamentos desta Turma, os Embargos de Declaração têm efeito suspensivo, pois a regra geral que estabelece os efeitos dos recursos é a de que tenham efeito suspensivo e devolutivo.

Destaco, ainda, que no meu entendimento o efeito suspensivo dos Embargos de Declaração independente dos efeitos que possuem os demais recursos cabíveis contra a decisão embargada - cujo prazo os Embargos interrompem. Afinal, como colocado, os efeitos suspensivos dos Embargos advêm da regra geral de que todos os recursos têm efeito suspensivo, a menos que a Lei venha a excepcioná-lo desta regra. Assim, entendo que não importa os efeitos que possuem os demais recursos cabíveis.

Ressalto, ainda, que os efeitos suspensivos são imprescindíveis **aos Embargos de Declaração, na medida em que, uma vez opostos, a finalidade é que venham a esclarecer alguma obscuridade, sanar omissão ou contradição, a fim de que a decisão possa ser adequadamente cumprida.**

Assim, negar efeito suspensivo aos Embargos de Declaração seria permitir o cumprimento inadequado da decisão proferida, admitindo-se, inclusive, o risco de perda ou dano ao direito tratado.

Corroborando este entendimento voto proferido pelo Ilmo. Conselheiro Alexandre Gomes, nos autos do processo nº 10680.021762/99-87, *verbis*:

“A regra processual esculpida no Código de Processo Civil tem como regra geral a suspensividade dos recursos, negando-lhe expressamente tal efeito em casos específicos, como no Recurso Especial e Extraordinário¹.

Se a lei processual silencia a respeito dos efeitos aplicáveis aos declaratórios, não há como deixar de aplicar-lhes a regra geral.”

Humberto Theodoro Junior² assim ensina:

“Certo que em alguns casos a lei, prevendo a conveniência de autorizar a execução provisória, estatui que o recurso somente terá efeito devolutivo. Isto, porém, representa situação de exceção, que, por isso mesmo, se presta a confirmar a regra geral de que o efeito natural, na espécie, é o de suspender a eficácia do ato judicial impugnado.

Ressalta, a propósito, BARBOSA MOREIRA, que o Código, ao cuidar das “Disposições Gerais” do capítulo pertinente aos recursos, julgou necessário indicar, logo no segundo dispositivo” (i.e., no art. 497) “os casos em que a interposição de recurso não tem efeito suspensivo”.

Nesse sentido, aduz COUTURE que a privação provisória de efeitos da decisão recorrida “es connatural con los procedimientos de impugnación, y sólo en casos excepcionales es posible prescindir de la suspensión de los efectos del fallo impugnado”.

A razão de ser desse enunciado legal situa-se no fato de que “a regra, na matéria, é a da suspensividade, como, aliás, ressumbra do tratamento dado, no particular, à apelação. Por conseguinte, sempre que o texto silencie, deve entender-se que o recurso é dotado de efeito suspensivo: assim ocorre com os embargos infringentes”.

De igual teor é o pensamento, também, de NELSON NERY JÚNIOR, para quem “no sistema recursal do Código de Processo Civil brasileiro, a regra é o recebimento dos recursos nos efeitos suspensivo e devolutivo”.

¹ Art. 497. O recurso extraordinário e o recurso especial não impedem a execução da sentença; a interposição do agravo de instrumento não obsta o andamento do processo, ressalvado o disposto no art. 558 desta Lei.

² Humberto Theodoro Júnior, Os Embargos de Declaração e Seus Efeitos, Juris Síntese 36, 08/02 (<http://www.direitointegral.com/2008/12/embargos-declaracao-efeito-suspensivo.html>)

Uma vez, pois, que o Código de Processo Civil não priva os embargos de declaração, por regra alguma, da natural eficácia suspensiva, urge reconhecê-la, como decorrência natural e lógica do sistema recursal adotado por nosso direito positivo. É a conclusão a que chega a melhor doutrina:

“Como os recursos em geral, salvo exceção expressa, os embargos de declaração mantêm em suspenso a eficácia da decisão recorrida”.

Para NELSON NERY JÚNIOR, pelos fundamentos já expostos, “são também recebidos no duplo efeito os embargos de declaração (art. 538, caput, do CPC) e os embargos infringentes (art. 530, CPC)”.

Anota NELSON LUIZ PINTO, sobre o tema, que os embargos de declaração, como os recursos em geral, são dotados dos efeitos devolutivo e suspensivo. Têm o efeito devolutivo “na medida em que proporcionam a devolução da matéria decidida ao Poder Judiciário”, embora a revisão a ser efetuada fique restrita ao “esclarecimento e integração do decisório embargado”. Sua interposição, outrossim, obsta à formação da coisa julgada ou à preclusão da decisão recorrida”. E, enfim, “possuem os embargos de declaração, também, efeito suspensivo da executividade da decisão recorrida, não permitindo que se proceda à execução provisória”.

Aliás, mais do que qualquer outro recurso, os embargos de declaração não podem prescindir da força de suspender a decisão impugnada. Sua própria índole é a de aperfeiçoar o ato judicial que, como está, se revela lacunoso, contraditório ou impreciso, tornando-se, por isso, de difícil compreensão e de perigosos resultados práticos.

O julgamento de qualquer recurso tende a substituir o julgado anterior, ou seja, o que foi objeto de impugnação, de maneira que a eficácia natural do ato emanará do segundo julgamento e não do primeiro.

Essa necessidade de aguardar o julgamento do recurso torna-se muito mais enérgica nos casos do art. 535 do CPC, tanto que o Código manda interromper o prazo para o recurso principal, ou seja, para o recurso de impugnação e revisão do conteúdo do decisório embargado. Isto revela que há uma razão lógica para ter-se como de eficácia suspensa a sentença embargada. É que “não se pode compelir o legitimado a recorrer de ato judicial cujo sentido ele não alcança por causa da obscuridade, contradição ou omissão”.

Tendo os débitos de IRPJ sido compensados com créditos da Recorrente em 20/06/2003, não há como negar que ocorreram antes dos 30 dias da decisão negativa nos embargos de declaração, que ocorreu em 22/05/2003 sendo, portanto indevidas as multas exigidas.”

Considerando que no presente caso o auto de infração foi lavrado enquanto pendente a decisão dos Embargos de Declaração, e por ter este recurso efeito suspensivo, entendo que o lançamento poderia ter sido promovido – até para evitar a decadência, como acima exposto – porém, sem a inclusão de nenhuma multa, visto que o contribuinte não estava sequer em mora, pois a decisão que lhe obrigaria ao pagamento, revertendo a suspensão da exigibilidade do crédito garantida em sentença, tinha seus efeitos suspensos em razão dos Embargos opostos.

Por fim, ressalto que a Recorrente não apresentou qualquer argumento ou defesa quanto à glosa de créditos derivados da aquisição de Óleo BPF e Sal moído (fls. 72/73).

Diante do exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, para determinar (i) o cancelamento do lançamento relativo ao período de 12/1999 a 11/2003, por ocorrência da decadência e (ii) a exclusão da multa de ofício lançada em relação aos períodos de 12/2003 a 12/2006, em razão do efeito suspensivo dos Embargos de Declaração (opostos nos autos do Mandado de Segurança nº 1999.61.05.017591-6), que aguardavam julgamento, quando da constituição do crédito tributário, objeto destes autos.

É como voto.

(assinado digitalmente)

FABIOLA CASSIANO KERAMIDAS - Relatora