



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

Processo n° 10840.004184/97-18
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3803-00.471 – 3ª Turma Especial
Sessão de 28 de junho de 2010
Matéria COFINS
Recorrente COOPERATIVA DE PRODUTORES DE CANA, AÇÚCAR E ÁLCOOL DO ESTADO DE SÃO PAULO LTDA.-COPERSUCAR
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI

Período de apuração: 16/12/1992 a 31/12/1992

AÇÚCAR. TIPO. CLASSIFICAÇÃO FISCAL. INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA. CONSULTA.

O açúcar classificado na posição 1701.11.0100, da TIPI/88, estava sujeito à alíquota de 18% durante o mês de dezembro de 1992. A decisão em processo de consulta, relativamente à classificação fiscal de um determinado produto, indicando o seu estado de desoneração tributária, só alcança os produtos que possam se identificar com a amostra submetida à análise laboratorial.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 16/12/1992 a 31/12/1992

PROVA. ÔNUS DA CONTRIBUINTE.

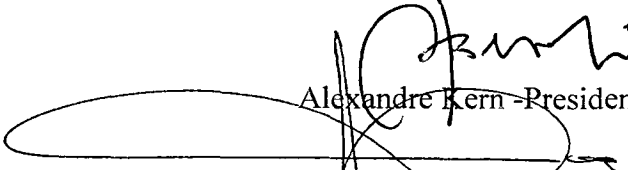
É ônus processual da interessada fazer a prova dos fatos constitutivos de seu direito.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª Turma Especial da TERCEIRA SEÇÃO de JULGAMENTO do CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. O Dr. Alberto Daudt de Oliveira sustentou o recurso oralmente.

Processo nº 10840.004184/97-18
Acórdão n.º 3803-00.471

S3-TE03
Fl. 2



Alexandre Kern - Presidente

Belchior Melo de Sousa - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Daniel Maurício Fedato, Hélcio Lafetá Reis, Carlos Henrique Martins de Lima e Rangel Perrucci Fiorin.

Relatório

Trata o presente de recurso voluntário contra o Acórdão de nº 14-18.548, de 20 de fevereiro de 2008, da DRJ-Ribeirão Preto/SP, fls. 327 a 331, que julgou o lançamento procedente, em face da manifestação de inconformidade, fl. 21 a 24.

O lançamento foi efetuado com a finalidade de prevenir a decadência, portanto, com exigibilidade suspensa e sem multa de ofício, nos termos do art. 63, da Lei nº 9.430/96.

Exige o lançamento o IPI incidente sobre saídas de açúcar na segunda quinzena de dezembro de 1992, à alíquota de 18%, em razão de sua classificação na posição 1701.11.0100 da TIPI, imposto não destacado nas respectivas Notas Fiscais, procedimento este amparado em medida liminar concedida no Mandado de Segurança nº 92.0092870-6, no qual a recorrente discutia a inconstitucionalidade da exigência do IPI sobre o açúcar.

Em sua impugnação, alegou sua não-sujeição a tal incidência pelo fato de os açúcares por ela comercializados terem grau de polarização superior a 99,5°, pretensão que veio a submeter à apreciação do judiciário por meio da Ação Ordinária nº 96.0012650-0, perante a 16ª Vara Federal em São Paulo.

Concomitantemente a esta demanda, promoveu uma Consulta à SRRF da 8ª RF visando a obter da Administração declaração de conteúdo idêntico àquela objeto da pretensão judicial, em que anexou laudo técnico atestando - como resultado da análise - as especificações de amostras de açúcares tipo especial.

Em face do laudo apresentado, a resposta da SRRF, cópia às fls. 43/44, reconheceu que a classificação era a da posição 1701.99.9900, que sujeita aquele produto à alíquota zero no IPI. Com esta declaração positiva obtida da SRRF para o açúcar analisado a consulente teve como amparado pela Administração o seu direito, abrangendo inclusive o controvertido e guerreado nas ações judiciais. Pelo que, ao ver-se sem interesse de agir, requereu a extinção da Ação Ordinária, sem julgamento do mérito, por perda de objeto, com a concordância expressa da União, conforme sentença de fl. 52, de 19 de novembro de 1997, e certidão de fls. 53 e 54, de 26 de novembro de 1997.

A DRJ/Ribeirão Preto-SP, não conheceu da impugnação, por meio do Acórdão nº 267, de 06/11/2001, “por concomitância entre os processo judicial e o administrativo, sendo irrelevante que o processo tenha sido extinto, no Judiciário, sem julgamento de mérito.”

Mesmo não conhecendo do recurso, a decisão recorrida enfrentou o mérito e refutou a alegação de que o resultado da consulta implicaria no reconhecimento da SRF de que todas as saídas promovidas pela contribuinte seriam de açúcar cristal com grau de polarização superior a 99,5°, classificado no código 1701.99.9900 da TIPI/88, e sustentou que referida consulta alcança somente amostras de 1997, não havendo qualquer identidade entre o açúcar saído na 2ª quinzena de 1992, objeto do lançamento de ofício, e as amostras objeto da consulta.

Em seu recurso voluntário, movimentado do Segundo para o Terceiro Conselho de Contribuinte, preliminarmente, opôs-se ao entendimento de concomitância e refere que a autuação configura violação à coisa julgada, na medida em que as decisões proferidas na Ação Ordinária e no Mandado de Segurança, teriam sido no sentido de que as ações resultavam prejudicadas por força de fato superveniente – a resposta dada à Consulta.

“No mérito, centra a sua defesa na alegação de que as saídas de açúcares objeto do lançamento eram tributadas à alíquota zero devido à sua classificação no código 1701.99.9900, conforme reconhecido no processo de Consulta. Sustenta que o Laudo do LABOR, que instruiu o processo de Consulta, bem como o laudo que instruiu a Ação Ordinária, são conclusivos no sentido de que, os açúcares comercializados pela recorrente sempre possuíam polarização superior a 99,5 graus, de modo que, até a edição do Decreto nº 2.092/96, estavam sujeitos à alíquota zero de IPI.”

A Primeira Câmara, por meio da Resolução no 301-1.577, fls. 206/211, converteu o julgamento do recurso em diligência à repartição de origem, para que fosse providenciada, junto à contribuinte, a juntada aos autos das cópias da petição inicial e do inteiro teor das decisões proferidas no processo judicial nº 92.0092870-6, bem como a respectiva “Certidão de Objeto e Pé” emitida pelo órgão judiciário competente.

Examinando as peças relativas às ações judiciais, a Câmara verificou que, de fato, na ação ordinária se discutia a questão da classificação fiscal em virtude do grau de polarização do açúcar, havendo, em princípio, concomitância com este processo administrativo, o que acarretaria a impossibilidade de julgamento na esfera administrativa.

Em face das provas trazidas aos autos de que a impetrante desistiu do pleito judicial, que foi encerrado por sentença, considerou afastada a concomitância dos feitos, servindo-se de voto antecedente do ilustre Conselheiro Nilton Luiz Bártoli, em outro processo da recorrente, cujos termos asseveram que:

“(...) sem processo judicial não há como se falar em concomitância. Concomitância a quê? Como o próprio vocábulo sugere, há que existir pelo menos duas coisas ocorrendo simultaneamente para que ocorra a concomitância. E mais: a concomitância tem que existir no momento do julgamento para ser declarada. Se desapareceu antes, impossível de ser declarada, até mesmo pelo simples bom senso.

Aliás, também pelo simples bom senso, basta olhar a questão sob outro ângulo para, também, concluir pelo poder/dever da instância administrativa proferir seu julgamento sobre a matéria. A prevalecer a tese da decisão recorrida, o contribuinte ficaria sem qualquer prestação jurisdicional: na esfera judicial pela desistência em face da consulta e na esfera administrativa por omissão do Poder Executivo...”

O julgador *a quo* manteve seu entendimento de que houve concomitância, contudo, em respeito ao decidido no acórdão nº 301-33331, proferido pela Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, analisou o mérito do lançamento, conforme contestado pelo contribuinte na impugnação de fls. 21/24.

Tomou como ponto de partida a identificação que fez dos termos em que se deu o julgamento da ação ordinária pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região: “*defiro o pedido, julgando prejudicado o recurso, extinguindo o feito, nos termos do art. 267, VI, do CPC e art. 33 do RI desta Corte*”. Daí, perquiriu se o fato da extinção do processo em face de alegado reconhecimento do direito pelo réu, com a concordância do Procurador nos autos, pode o réu recusar-se a reconhecer o direito no caso concreto.

Com fulcro na norma que fundamentou a decisão judicial, “*quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual*”, concluiu o nobre julgador que “*não se tratou de desistência da ação (inciso VIII), nem de reconhecimento do direito pelo réu (art. 269, II)*.” E entendeu que a base para a extinção do processo foi a inexistência de “*interesse processual*” da autora, uma vez que esta deduzira que a União teria reconhecido a incidência da alíquota zero, em face da classificação fiscal dos produtos na TIPI.

Em seu voto, face à inexistência de ordem judicial para que o presente lançamento fosse cancelado, não acolheu o argumento da impugnante segundo o qual dos referidos processos judiciais resultou que a União teria reconhecido o direito do réu no presente caso, devendo-se por o foco, agora, no alcance do indigitado processo de Consulta.

Afastando-se de imiscuir-se em argumentos de contornos de ilegalidade ou inconstitucionalidade da exigência do IPI sobre o açúcar, e venerando o princípio da estrita legalidade, firmou-se na posição de restringir a solução da presente lide em saber se a Decisão de Consulta nº 307/1997 proferida pela SRRF da 8ª Região Fiscal (processo nº 10880.015006/97-28 de fls. 48/49) afeta o lançamento em discussão.

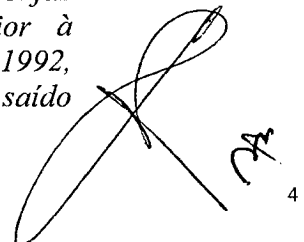
Neste estágio, importa transcrever o teor do ponto nodal do juízo que emitiu:

Vejamos a conclusão da referida consulta:

“Com base no exposto, proponho que se informe à consulente para adotar, para o produto sob exame, o código 1701.99.00 da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializado – TIPI, aprovada pelo decreto nº 2.092/96 (D.O.U. de 11/12/96).

Esclareça-se, ainda, que na vigência da TIPI aprovada pelo Decreto nº 97.410/88, o produto tinha a sua classificação correta no código 1701.99.9900.”

Pois bem, considerando o disposto no artigo 29 do Decreto nº 70.235/72, resta evidente que “produto sob exame” na referida consulta são os açúcares analisados pelo Laboratório da Alfândega do Porto de Santos, cujas amostras datam de 1997, data bastante posterior à ocorrência dos fatos geradores ocorridos em 1992, impossibilitando qualquer identidade entre o açúcar saído naquele período e a amostra analisada em 1997.



4

Considerando que, claramente, constou no Auto de Infração o seguinte:

“O produto em tela é o açúcar classificado na posição 1701.11.0100 e tributado à alíquota de 18%, conforme determina a Tabela de Incidência do IPI (TIPI), aprovado pelo Decreto nº 97.410, de 23/12/88.” (GRIFEI)

Resta concluir que o reconhecimento, de que se tratava de açúcar com grau de polarização superior a 99,5°, só teria eficácia em relação ao crédito tributário aqui discutido, se existisse prova inequívoca de que a amostra submetida à análise pertencia ao açúcar que saiu no período em questão.

Por considerar, enfim, que não foram apresentadas provas que pudessem desconstituir o fato tributário, julgou o lançamento procedente.

Em 17 de março de 2008 foi emitida intimação pelo sistema PROFISC, não constando dos autos cópia de aviso de recebimento. Em 23 de março de 2008 foi afixado **edital** intimando a contribuinte a recolher aos cofres da União o valor do auto de infração, ou a apresentar recurso voluntário ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Em 23 de junho de 2008, foi o débito em exigência inscrito na Dívida Ativa da União, sob o nº 80.3.08.00554-92.

Em 07 de agosto de 2008, a interessada irressigna-se com a inscrição, perante a Procuradoria Seccional da Fazenda Nacional em Ribeirão Preto, alegando sua improcedência sem antes sua impugnação ter sido julgada pela DRJ, denotando, com a reclamação, não ter conhecimento do resultado do julgamento e o seu direito de ter sido intimada no endereço que indicara em peças destes autos, face à impossibilidade de ter alterado o constante do cadastro na SRF, simplesmente, por desativação da filial. Em 21 de agosto requer cópia dos autos.

Em 10 de fevereiro de 2009 teve seu pedido de suspensão da exigibilidade indeferido pela Procuradoria Seccional da Fazenda Nacional em Ribeirão Preto. Em 22 de abril de 2009, por este mesmo órgão foi proferido novo despacho determinando alteração do *status* do débito para Ativa com Exigibilidade Suspensa-Decisão Judicial, decorrente de liminar concedida no Mandado de Segurança nº 2009.61.02.001124-0. Ainda resultante dele, foi permitido o processamento do recurso voluntário intempestivo pela contagem do edital.

Em seu recurso voluntário, retorna a recorrente centrando sua defesa no enquadramento do açúcar comercializado no período focalizado no auto de infração no código 1701.99.00 da TIPI aprovada pelo Decreto nº 97.410/88, que sujeita o produto à incidência de IPI à alíquota zero.

Para reforço de tese, defende a inconstestabilidade da já referida Consulta formulada à SRRF-8ª RF, dela apreendendo ter havido reconhecimento do direito pelo qual litiga, bem como aos laudos da Faculdade de Farmácia da Universidade do Rio de Janeiro e pelo perito judicial no processo nº 96.0012650-0.

Processo nº 10840.004184/97-18
Acórdão n.º 3803-00.471

S3-TE03
Fl. 6

Pede, ao fim, o conhecimento do presente recurso e o cancelamento integral do auto de infração.

É o relatório.

Voto

Conselheiro BELCHIOR MELO DE SOUSA, Relator

O recurso é tempestivo e atende os demais requisitos para sua admissibilidade, portanto dele conheço.

A nomenclatura Brasileira de Mercadorias já continha nota de subposição indicando que o código utilizado pela empresa na classificação do seu produto, 1701.11.0100, era relativo a açúcares de cana com polarização inferior a 99,5° de sacarose. Subsistia, concomitante, o código 1701.99.9900, para outros açúcares de cana ou de beterraba.

O Decreto nº 420/92 prescreveu:

Art. 1º Ficam elevadas para 18% (dezoito por cento) as alíquotas do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI incidente sobre as mercadorias classificadas nos códigos 1701.11 e 1701.99.0100 da Tabela de Incidência aprovada pelo Decreto nº 97.410, de 23 de dezembro de 1988.

Na “Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal” informa a Auditoria Fiscal que o açúcar alvo da fiscalização tinha classificação 1701.11.0100, feita pela própria empresa quando da emissão de notas fiscais. Sobre as saídas desse açúcar houve destaque na nota fiscal e recolhimento até a data de 06 de dezembro de 1992, a partir de quando a pessoa jurídica passou a discutir judicialmente a legalidade e inconstitucionalidade da incidência, por meio de AMS, em que obteve liminar para não fazê-lo.

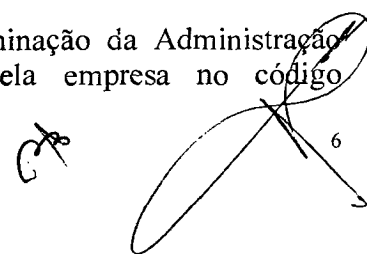
Ante isso, as perguntas que se podem fazer para melhor contextualizar a controvérsia travada neste processo é:

a) por que durante todo o ano de 1992 a Copersucar classificou o açúcar que produzia no código 1701.11.010, se tinha conhecimento da sua nota de subposição que indicava polarização inferior a 99,5°, conforme ela mesma expõe na petição na ação ordinária, quando havia a classificação 1701.99.9900 para outros açúcares de cana, e se a polarização da sua produção já era toda ela acima de 99,5° S, segundo quer fazer crer?

b) se tinha uma hipótese de alíquota zero defronte, com a utilização do código 1701.99.9900, por que submeteu-se à imposição do Decreto ° 420/92 até 06 de dezembro de 1992?

c) onde estão, nos autos, qualquer menção ou elementos que mostrem a resistência da administração tributária à pretensão da recorrente, anterior à AMS, de classificar seu produto no código 1701.99.9900?

Importa notar que não consta ter havido determinação da Administração Fazendária para a classificação do açúcar comercializado pela empresa no código



1701.11.0100. O que consta é que a própria empresa espontaneamente recolhia o imposto incidente até a data de 06 de dezembro de 1992. E mesmo sob o amparo de liminar na AMS continuou destacando e recolhendo sobre as saídas para contribuintes do imposto.

Não é demais dizer que foi tardia a iniciativa da recorrente de discutir judicialmente a matéria de fato na AO, tendo em mira provar a polarização do açúcar objeto de análise laboratorial, bem como de promover Consulta à SRF naquilo que – conforme os elementos destes autos – parecia óbvio, por já estar assente na NCM: obter declaração de que o produto, com polarização média de 99,8°, classifica-se no código 1701.99.9900. Pela obviedade, alcanço que o fim precípuo da Consulta foi, em realidade, associar este código – em vista da análise laboratorial da amostra - ao seu correspondente na TIPI/88, dessumindo-se isso do tópico “classificação fiscal adotada e pretendida”, constante do relatório da consulta, o que se extrai de sua conclusão:

“Com base no exposto, proponho que se informe à consulente para adotar, para o produto sob exame, o código 1701.99.00 da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializado – TIPI, aprovada pelo decreto nº 2.092/96 (D.O.U. de 11/12/96).

Esclareça-se, ainda, que na vigência da TIPI aprovada pelo Decreto nº 97.410/88, o produto tinha a sua classificação correta no código 1701.99.9900.”

A recorrente nada acrescenta de relevante àquilo que contra si foi inadmitido na decisão recorrida. Incensurável o juízo decisório de não acolher o resultado da consulta, fundado em análise de amostra de açúcares da safra 1996, como extensivo ao açúcar comercializado em dezembro/92. A Consulta, ao dizer que “o produto tinha sua classificação no código 1701.99.9900”, estava a dizer que produto similar, com aquela polarização, tinha tal código; a Consulta não fez afirmação sobre fato, mas sobre critério técnico-jurídico, em vista do que resultou da análise; nem tampouco afirmou que o açúcar analisado é o que fora comercializado em dezembro/92.

Com efeito, a declaração prestada na Consulta não ampara o entendimento esposado pela consulente. Daí, o ônus de requerer a extinção do processo judicial por carência superveniente de ação é inteiramente seu.

Trazer afirmações de análises técnicas efetuadas por outras entidades, sem embargo de serem pessoas jurídicas idôneas, não imprime força a sua defesa, porquanto, de igual maneira, intempestivas, e, ademais, realizadas em safras e em usinas cooperadas distintas.

É relevante notar que os elementos tomados para respaldar tais resultados foram, entre outros, os diários de produção apresentados pelas usinas dando conta das análises químicas das amostras diárias do produto. Se esses elementos das citadas unidades produtoras puderam ser apresentados aos peritos, extemporaneamente, porque não puderam, enquanto **documentos** de registros da produção, estar presentes nestes autos, para abrir a chance de se concluir como erro de fato o uso do código 1701.11.0100?

Gize-se que o uso do código espancado, 1701.11.0100, não corresponde a nenhuma hipótese absurda, mas bem plausível, posto que diz respeito ao açúcar cristal standard, com polarização entre 99,3° e 99,4°. O recurso voluntário cita o perito judicial em sua

Processo nº 10840.004184/97-18
Acórdão n.º 3803-00.471

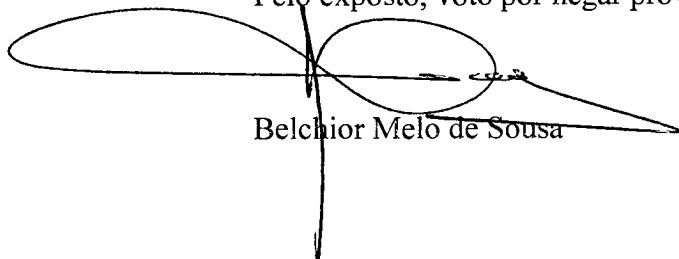
S3-TE03
Fl. 8

afirmação de que *`os processos de industrialização empregados nas unidades produtoras cooperadas da autora servem unicamente para produção de açúcar cristal.`* Desses processos, a perícia exclui a possibilidade de fabricação apenas do açúcar refinado. Logo, dúvida não se alevanta de que os processos podem bem abranger o tipo cristal standard, mesmo que a unidade produtora não o deseje produzi-lo por questões de mercado, ou outras razões.

Desse modo, não admitida a Consulta à SRRF 8ª pela decisão recorrida como sendo entendimento incontroverso da Administração quanto ao fato jurídico que ensejou o presente auto de infração, restou à recorrente dispor - para o fim de firmar a convicção do colegiado *ad quem* - não de um conjunto probatório *extemporâneo* em que não há *necessariamente* obviedade no alcance temporal de suas conclusões, mas de prova robusta e convincente de que o açúcar que comercializou em dezembro/92 não teria sido cristal standard; e somente documentos da respectiva produção, não menos que estes, poderiam comprová-lo, não análises laboratoriais envolvendo amostras de safras distintas.

Registre-se que não desconsidero a necessária uniformidade do açúcar recebido das usinas cooperadas e posto no mercado sob certa marca. Mas nada afasta a possibilidade - que não foi contrafeita pelas provas apresentadas - de que a uniformidade poder-se-ia dar até mesmo, no período em tela, com o açúcar cristal standard, código 1701.11.0100, tributado, ao tempo, à alíquota de 18%.

Pelo exposto, voto por negar provimento ao recurso.



Belchior Melo de Sousa

