



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

Processo nº 10840.720727/2009-15
Recurso nº 10.840.720727200915 Voluntário
Acórdão nº **3401-001.618 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 01 de setembro de 2011
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO. LAVRATURA IMPEDIDA POR MEDIDA JUDICIAL. DECADÊNCIA. CONCOMITÂNCIA. DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO ANTERIOR À MP Nº 135/2003. CONFISSÃO DE DÍVIDA.
Recorrente USINA CAROLO S.A. - ACÚCAR E ÁLCOOL
Recorrida DRJ RIBEIRÃO PRETO-SP

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 01/11/1997 a 30/04/2003

DECADÊNCIA. PRAZO PARA A UNIÃO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

O prazo para a União constituir o crédito tributário é de cinco anos, a contar da data do fato gerador, se houver recolhimento parcial, ou a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, caso não haja qualquer recolhimento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da da **4ª câmara / 1ª turma ordinária** da terceira **SEÇÃO DE JULGAMENTO**, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator designado. Vencido o Conselheiro Carlos Dantas de Assis (relator), que acolhia a preliminar de nulidade da decisão recorrida. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Jean Cleuter Simões Mendonça.

(assinado digitalmente)

Júlio César Alves Ramos - Presidente

(assinado digitalmente)

Emanuel Carlos Dantas de Assis – Relator

Processo nº 10840.720727/2009-15
Acórdão n.º **3401-001.618**

S3-C4T1
Fl. 1.691

(assinado digitalmente)

Jean Cleuter Simões Mendonça - Redator Designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Emanuel Carlos Dantas de Assis, Fernando Marques Cleto Duarte, Odassi Guerzoni Filho, Jean Cleuter Simões Mendonça, Ângela Sartori e Júlio César Alves Ramos.

Relatório

O processo trata de auto de infração relativo ao IPI, lançado com juros de mora e multa de ofício no percentual de 75%, com ciência em 01/06/2009. Segundo a autuação a infração deve-se à falta de lançamento do imposto nas notas fiscais de saída de açúcar (classificação fiscal TIPI 1701.99.00), quando a contribuinte gozava de autorização judicial que produziu efeitos no período de 15/10/1997 (publicação da sentença da Ação Declaratória de Inexistência de Relação Jurídico-Tributária nº 97.0301069-5) a 14/11/2007 (publicação do acórdão da Apelação nº 98.03.071404-0, que reformou o provimento de primeiro grau).

A fiscalização entende ter inexistido decadência dos períodos de apuração lançados porque a sentença proferida na referida Ação obstou o lançamento de ofício. Fundamentando o entendimento de que a decadência não se consumou, transcreve partes do Parecer PGFN/CDA nº 2278/2008.

Na impugnação a autuada alega o seguinte, conforme o relatório da primeira instância que reproduzo:

a) Preliminarmente, requer a decadência (...) relativamente a fatos geradores ocorridos anteriormente a junho de 2004, tendo em vista o decurso ininterrupto do prazo de 5 (cinco) anos previsto no § 4º do artigo 150 do CTN, mesmo que na pendência de Ação Declaratória de Inexistência de Relação Jurídico-Tributária, uma vez que:

a.1) a tutela antecipada não afasta de sobremaneira o dever de o Fisco constituir o crédito tributário, mas tão-somente de dar prosseguimento à sua cobrança (exigibilidade), nos termos do artigo 151, inciso V do CTN;

b.1) em decorrência do êxito da União Federal no requerimento de efeito suspensivo de seu Recurso de Apelação, fora cassada a tutela antecipada favorável à Impugnante ainda em 1997, pelo que não há que falar em “impedimento sob pena de crime de desobediência”;

b) Reconheça, ainda em sede preliminar, a nulidade do Auto de Infração em função da duplicidade do lançamento de ofício em combate, haja vista que os mesmos débitos (espécie, períodos de apuração e valores) foram previamente objeto de constituição regular do crédito tributário por meio de Declaração de Compensação protocolizada perante a RFB, razão pela qual há de afastar novo lançamento tributário;

c) no mérito julgue integralmente procedente a presente impugnação, dada a inexigibilidade do IPI à alíquota de 18% sobre o açúcar produzido pela Impugnante nos períodos de apuração de novembro de 1997 a abril de 2003...

O acórdão recorrido rejeitou a nulidade do auto de infração, considerando que atende ao art. 142 do CTN e não constituiu ofensa ao art. 59 do Decreto nº 70.235/72, bem como a decadência levantada, levando em conta o Parecer PGFN/CDA nº 2278/2008. Ainda

nas preliminares, tratou da alegação de duplicidade na exigência do crédito tributário, interpretando que antes de 31/10/2003, data de publicação da Medida Provisória nº 135, os pedidos de compensação não contemplavam confissão de dívida e, em consequência, os valores do IPI pretensamente não se encontravam constituídos, tornando-se obrigatório o lançamento de ofício.

No mais, não conheceu do mérito da Impugnação, em face da opção pela via judicial.

No Recurso Voluntário, tempestivo, a contribuinte inicialmente traça um histórico da Ação Declaratória já mencionada e informa que após o Recurso de Apelação interposto pela União Federal, recebido em seus efeitos devolutivo e suspensivo nos termos do art. 520 do CPC, diante dos altos montantes em aberto perante a RFB ingressou, em 04 de julho de 2003, com o Pedido de Compensação objeto do processo nº 10840.002372/2203-93, cujo crédito tem origem no Pedido de Ressarcimento do IPI nº 10840.002284/2003-91 (neste a contribuinte defende o crédito do imposto nas entradas de produtos isentos, não-tributados ou com alíquota zero). Informa também que, como a compensação não foi homologada, os débitos foram inscritos na Dívida Ativa da União e em seguida a PGFN ajuizou a Execução Fiscal (registro sob o nº 021/2006) com o intuito de cobrar o IPI relativos aos mesmos períodos de apuração do auto de infração em questão, mas referida Execução foi extinta em 12/05/2009, com fundamento no art. 26 da Lei nº 6.830/80¹, por conta do cancelamento da CDA nº 80304 003457-28. Extinga a Execução Fiscal, sobreveio o lançamento de ofício em debate.

Em seguida a Recorrente contesta o acórdão da DRJ e repisa alegações da Impugnação, arguindo basicamente o seguinte:

- omissão da DRJ ao tratar da decadência, por ter analisado o tema fazendo referência ao Parecer PGFN/CDA nº 2278/2008, tão-somente (mais adiante, no item II.2.1 da peça recursal, afirma que o acórdão recorrido não cuidou de forma “aprofundada, motivada e fundamentada” do lançamento extemporâneo, que segundo a fiscalização foi possível em virtude da Ação Declaratória);

- uma segunda omissão da DRJ, no que deixou de tratar, por completo, da inscrição em Dívida Ativa dos valores lançados no auto de infração;

- decadência dos fatos geradores anteriores a junho de 2004, por inexistência de obstáculo ao lançamento de ofício em face da Ação Declaratória com Apelação da União recebida, também, no efeito suspensivo;

- lançamento em duplicidade, em face da compensação e inscrição na Dívida Ativa;

- impossibilidade de lançamento do IPI referente às vendas de açúcar, por ofensa ao art. 4º, I, do Decreto nº 1.199/714 e outras razões que menciona no item III da peça recursal, sob o título “DO MÉRITO”, tal como constou da Impugnação.

É o relatório, elaborado a partir do processo digitalizado.

Voto

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos do Processo Administrativo Fiscal, pelo que dele conheço.

Como relatado, a Recorrente alega duas omissões no acórdão da DRJ. A primeira diz respeito ao tema da decadência, que julgo inexistente porque a primeira instância, embora de modo extremamente sucinto (ou “bastante pobre”, nos dizeres da peça recursal), fundamentou sua interpretação pela rejeição da caducidade invocando o Parecer PGFN/CDA nº 2278/2008. A segunda omissão, esta sim devidamente caracterizada, relaciona-se com a alegação constante da Impugnação, de que os valores do presente lançamento foram antes inscritos na Dívida Ativa e, por isso, houve “lançamento em duplicidade”, a demandar, segundo a peça recursal, a nulidade do auto de infração.

Esta segunda omissão é relevante e implicou em cerceamento do direito de defesa por ter a DRJ desprezado, completamente, a inscrição na Dívida Ativa com origem na não homologação da compensação. Daí o meu voto ser pela anulação do acórdão recorrido, como exposto mais adiante.

Antes cuido da decadência, levantada pela Recorrente sob o argumento de que inexistia obstáculo ao lançamento porque a Apelação da União teria sido recebida no efeito suspensivo, inclusive no tocante à tutela antecipada deferida na sentença da Ação Declaratória de Inexistência de Relação Jurídico-Tributária nº 97.0301069-5.

Para mim, que fiquei vencido porque os demais Conselheiros acolheram a tese da Recorrente, o efeito suspensivo não abrange a tutela antecipada que, de modo excepcional, impediu o lançamento. Daí a inexistência de decadência.

De maneira incomum, já que regra geral os provimentos judiciais impedem apenas a exigibilidade do crédito tributário, e não a sua constituição, na presente situação a tutela antecipada foi além e tolheu “a lavratura de auto de infração”, tal como requerido pela contribuinte na Exordial da ação judicial e relatado na sentença, que informa, *verbis* (fl. 448, com negrito acrescentado).

Pugnou a concessão de tutela antecipada, com base no artigo 273, do CPC, para que não fique sujeita a lavratura de auto de infração por promover saídas de açúcar sem o destaque e o respectivo recolhimento do IPI.

Na sentença, ao deferir a tutela antecipada nos exatos termos requeridos, o juízo assim se pronuncia (fls. 452/453):

4. CONCLUSÃO

Presente que está um dos requisitos para a concessão da tutela antecipada, nos termos do art. 273 do CPC, defiro a antecipação da tutela pleiteada.

5. DISPOSITIVO

Do que vem de expor, presentes que estão os requisitos legais, diante da inconstitucionalidade declarada do art. 2º, da lei nº 8.383/91 e Decreto nº 420/92, defiro o pedido da autora, para o fim de determinar à ré que se abstenha de agir contra a autora em face do seu direito de não recolher o IPI no tocante às operações realizadas com o açúcar, relativas às safras de 97/98.

Como se vê acima, a sentença, no que deferiu a tutela antecipada requerida, impediu a lavratura de auto de infração. Por isso a PGFN editou Parecer 2278/2008, no qual conclui que a decisão judicial impeditiva do lançamento obstaculou a fluência do prazo decadencial (ver transcrição às fls. 745/749).

Sendo indubitável que a tutela antecipada deferida impediu o lançamento, o ponto nodal diz respeito aos efeitos da Apelação interposta pela Fazenda Nacional, que segundo a Recorrente teria sido recebida com efeito suspensivo inclusive em relação à tutela antecipada. Todavia, como a Procuradoria da Fazenda Nacional (PFN) não se insurgiu contra a tutela antecipada deferida – não a combateu na Apelação nem interpôs agravo - a matéria não foi devolvida e o efeito suspensivo da Apelação, restrito, não retirou o obstáculo à lavratura de auto de infração.

Na lição de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, em Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, São Paulo, Revista dos Tribunais, 7ª edição atualizada até 07/07/2003, nos comentários ao art. 520 do CPC, notas 4, 17 e 18, tem-se o seguinte:

É comum o juiz julgar, na mesma sentença, ação principal e cautelar. Como o CPC 520 IV prevê apenas o efeito devolutivo da apelação da sentença da cautelar, deve receber o recurso, nessa parte, somente no efeito devolutivo e no duplo efeito na parte que julgou a ação principal.

(...)

Quando a sentença confirmar a tutela antecipada, concedida no curso do processo, a apelação interposta será recebida no efeito apenas devolutivo, quanto à parte que confirmou a tutela antecipada e no duplo efeito quanto ao mais.

(...)

Antecipação da tutela dada na sentença. Caso a tutela tenha sido concedida na própria sentença, a apelação eventualmente interposta contra essa sentença será recebida no efeito devolutivo quanto à parte que concedeu a tutela, e no duplo efeito quanto ao mais.

Na mesma linha, Theotonio Negrão, in Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, São Paulo, Saraiva, 34ª ed., 2002, nos comentários ao art. 273, nota 26a:

Se o juiz conceder a antecipação da tutela na sentença, deve o réu agravar dessa decisão e apelar da sentença; na hipótese de apenas interpor apelação, o efeito suspensivo desta não atingirá o deferimento da tutela antecipada (RJ 24674). No mesmo sentido: RF 344/354.

Apesar de o Recurso Voluntário enfatizar que a Apelação da União teria sido recebida em seus efeitos devolutivo e suspensivo, o despacho do recebimento, “nos termos do artigo 520 do CPC” (conforme despacho de 03/12/2007, à fl. 90 da Ação Declaratória nº 97.0301069-5, com cópia à fl. 977 deste processo administrativo), não cuida da tutela antecipada.

A corroborar que a doutrina acima citada, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, representada pelos três acórdãos seguintes (negritos acrescentados):

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. MEDIDA CAUTELAR E AÇÃO PRINCIPAL. SENTENÇA ÚNICA. APELAÇÃO. EFEITOS.

- Julgadas ao mesmo tempo a ação principal e a cautelar, a respectiva apelação deve ser recebida com efeitos distintos, ou seja, a cautelar no devolutivo e a principal no duplo efeito.

- As hipóteses em que não há efeito suspensivo para a apelação estão taxativamente enumeradas no art. 520 do CPC, de modo que, verificada qualquer delas, deve o juiz, sem qualquer margem de discricionariedade, receber o recurso somente no efeito devolutivo.

- Não há razão para subverter ou até mesmo mitigar a aplicação do art. 520 do CPC, com vistas a reduzir as hipóteses em que a apelação deva ser recebida apenas no efeito devolutivo, até porque, o art. 558, § único, do CPC, autoriza que o relator, mediante requerimento da parte, confira à apelação, recebida só no efeito devolutivo, também efeito suspensivo, nos casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação.

Embargos de divergência a que se nega provimento.

(STJ, Corte Especial, EREsp 663570/SP, julgado em 15/04/2009, Relatora Min. NANCY ANDRIGHI, unânime).

RECURSO ESPECIAL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA QUE REVOGA A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. EFEITOS DA APELAÇÃO MERAMENTE DEVOLUTIVO NO QUE TOCA À ANTECIPAÇÃO.

1. A interpretação meramente gramatical do Art. 520, VII, do CPC quebra igualdade entre partes.

2. Eventual efeito suspensivo da apelação não atinge o dispositivo da sentença que tratou de antecipação da tutela, anteriormente concedida.

(STJ, Terceira Turma, REsp 768363/SP, julgado em 14/02/2008, Relator Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, unânime).

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO INTERPOSTA CONTRA SENTENÇA QUE MANTEVE A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. EFEITO DEVOLUTIVO.

1. “A divergência entre julgados do mesmo Tribunal não enseja recurso especial” (Súmula nº 13/STJ)

2. A apelação, quer se trate de provimento urgente cautelar quer de tutela satisfativa antecipatória deferida em sentença ou nesta confirmada, deve ser recebida, apenas, no seu efeito devolutivo. É que não se concilia com a idéia de efetividade,

autoexecutoriedade e mandamentalidade das decisões judiciais, a sustação do comando que as mesmas encerram, posto presumiram situação de urgência a reclamar satisfatividade imediata.

3. *Deveras, a instância local, com ampla cognição fático-probatória e à luz do princípio da proporcionalidade não entreviu periculum in mora na exibição documental determinada, máxime à luz dos princípios que regem a atividade pública monopolizada ou delegada pelo Estado.*

4. *Escusa de exibição calcada em matéria fática analisada pela instância local e interdita a cognição por esta Corte Superior por força da Súmula n.º 07/STJ.*

5. *O poder concedente tem o poder-dever de inspeção e fiscalização das atividades das concessionárias, o que implica, implicitamente, no acesso aos documentos referentes à prestação dos serviços concedidos, máxime quando a pretensão é veiculada e chancelada pelo Poder Judiciário.*

6. *Consectário desse poder-dever é o de manter-se informado o que pressupõe o acesso aos documentos.*

7. *O E. STF assentou que: "compreende-se na atividade da Administração Pública fiscalizar a atividade do concessionário, o que implica verificar o atendimento satisfatório dos serviços concedidos, ainda que para o atingimento deste escopo seja mister exame de livros, registros e assentamentos desta" (RDA, STF, apud Celso Antônio Bandeira de Mello, in "Curso de Direito Administrativo", 15ª ed.)*

8. *Recurso especial parcialmente conhecido, porém, desprovido. (STJ, Primeira Turma, REsp 514409/SP, julgado em 20/11/2003, Relator Min. LUIZ FUX, unânime).*

Pelos fundamentos acima, considero que o lançamento estava impedido pela tutela antecipada deferida e rejeito a decadência alegada.

Doravante retomo a omissão da DRJ em relação à arguição de duplicidade do lançamento em face da anterior inscrição na Dívida Ativa, concluindo, como já antecipado, pela nulidade da decisão recorrida.

Não há no voto do acórdão recorrido qualquer menção à inscrição na Dívida Ativa. Seria irrelevante, por ter sido a Certidão da Dívida Ativa (CDA) cancelada antes do auto de infração? Como o cancelamento da CDA acarretou a extinção da Execução Fiscal, também antes do lançamento de ofício, não teria havido a duplicidade alegada? A DRJ também entende que a inscrição estaria amparada no § 2º do art. 74 da Lei nº 9.430/96, como arguiu a então Impugnante? Qual, afinal, o fundamento do Colegiado da primeira instância para não dar relevo à inscrição na Dívida Ativa (se assim entender), independentemente da confissão de dívida estabelecida no § 6º do art. 74 da Lei nº 9.430/96, introduzido pela MP nº 135/2003? São indagações a serem respondidas, de modo a completar a fundamentação do acórdão recorrido.

Tivesse a alegação de duplicidade de exigência do crédito tributário sido feita com base na confissão de dívida do Pedido de Compensação, não haveria qualquer omissão porque o acórdão recorrido é claro, ao interpretar que antes de 31/10/2003, data de publicação da Medida Provisória nº 135, a compensação declarada não contempla confissão. Todavia,

segundo a Impugnação houve a inscrição na Dívida Ativa do mesmo imposto lançado, e tal inscrição possui outro suporte legal, inconfundível com a confissão de dívida considerada pela Turma recorrida.

Segundo o item III.3 da Impugnação, a inscrição encontra base legal no § 2º do art. 74 da Lei nº 9.430/96, com efeitos a partir de outubro de 2002 (antes da compensação declarada em 04/07/2003). Para a então Impugnante, o que interessa na análise do tema não é a confissão de dívida introduzida pela Lei nº 10.833/2003, conversão da MP nº 135 (esta publicada em 31/10/2003 e anterior à compensação em questão, protocolada em 04/07/2003), mas sim a norma extraída do § 2º do art. 74 da Lei nº 9.430/96 (posterior à compensação em questão, observa a Impugnação), em conjunto com o art. 150 do CTN. Na Impugnação consta o seguinte, *verbis*:

Assim, não se confunde a “confissão de dívida”, proposta pelo § 6º, artigo 74 da Lei nº. 9.430/96 e com vigência posterior ao protocolo do Pedido de Compensação pela Impugnante, com o status de “lançamento por homologação” que fora dado à compensação declarada à RFB, pelo §2º do mesmo artigo, já em vigência por ocasião do pedido.

Isto porque o artigo 150 do CTN, já trazido à discussão nos itens anteriores, assim dispôs (caput)

(...)

Desta feita, há de se reconhecer que, se não se operou a decadência do direito de o Fisco lançar os valores ora combatidos, dito lançamento foi efetuado em duplicidade, haja vista que a Declaração de Compensação proposta pela Impugnante teve o condão de suprir o lançamento por homologação, nos termos do artigo 150 do CTN, constituindo o crédito tributário de forma definitiva, pelo que levou ao conhecimento da RFB a ocorrência do fato gerador, períodos de apuração e valores devidos – tanto que dela derivou a CDA nº. 80 3 04 003457-28 e conseqüentemente a Execução Fiscal nº. 21/2006.

Observo, por oportuno, que cópia da CDA acostada com a Impugnação dá conta de que alguns dos valores lançados no auto de infração em questão e os inscritos na Dívida Ativa são exatamente iguais, como, por exemplo, nos períodos de apuração 30/11/1997 e 20/01/1998 (confrontar fl. 681 com fls. 1174 e 1178).

Destarte, há omissão no acórdão recorrido, no que desprezou por completo a alegação de que a inscrição na Dívida Ativa, antes do auto de infração, caracteriza duplicidade da exigência e implica na nulidade do segundo. E como essa omissão caracteriza preterição do direito de defesa, nos termos do art. 59, II, do Decreto nº 70.235/72, necessita ser sanada, sob pena de supressão de instância. Diante da possibilidade deste Colegiado decidir em desfavor da Recorrente, se rejeitar a nulidade alegada, apresenta-se inaplicável o § 3º do art. 59 do Decreto nº 70.235/72.²

² Art. 59. São nulos:

I – os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II – os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Processo nº 10840.720727/2009-15
Acórdão n.º **3401-001.618**

S3-C4T1
Fl. 1.699

Pelo exposto, voto por anular o acórdão recorrido para que a primeira instância o complemente, pronunciando-se, também, sobre a inscrição na Dívida Ativa mencionada e decida pela rejeição ou não do auto de infração, à vista da duplicidade argüida na Impugnação.

Em seguida ao novo acórdão a ser prolatado deve ser reaberto o prazo para eventual recurso voluntário, tudo conforme o rito do Decreto nº 70.235/72.

(assinado digitalmente)
Emanuel Carlos Dantas de Assis

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 8.748, de 9.12.1993)

Documento assinado digitalmente em 21/12/2011 por JEAN CLEUTER SIMOES MENDONCA

Autenticado digitalmente em 21/12/2011 por JEAN CLEUTER SIMOES MENDONCA, Assinado digitalmente em 05

/01/2012 por JULIO CESAR ALVES RAMOS, Assinado digitalmente em 22/12/2011 por EMANUEL CARLOS DANTAS

DE ASSIS, Assinado digitalmente em 21/12/2011 por JEAN CLEUTER SIMOES MENDONCA

Impresso em 16/01/2012 por ELAINE ALICE ANDRADE LIMA

Voto Vencedor

Em que pese o respeito que tenho pelo nobre Conselheiro Relator, dele ousou discordar.

No caso em tela, houve a Apelação da sentença que confirmou a tutela antecipada, a qual tinha sido concedida liminarmente. Ocorre que a apelação foi recebida no efeito devolutivo e suspensivo, restando a dúvida se a tutela antecipada perdeu força executiva pelo efeito suspensivo da Apelação.

A antecipação de tutela é um instituto que entrou no Código de Processo Civil pela reforma processual de 1994. Teori Albino Zavascki³ afirma que a reforma de 1994:

“(...) teve por objetivo não o de introduzir mecanismos novos, mas o de aperfeiçoar os já existentes. Em nome da efetividade do processo, reclamo mais urgente de uma sociedade com pressa, foram produzidas modificações expressivas no Código de Processo Civil, destacando-se, por sua importância, entre outras, a que ampliou o elenco dos títulos executivos extrajudiciais (Lei n. 8.953, de 13-12-1994), a que reformulou o recurso de agravo (Lei n. 9.139, de 30-11-1995) e a que universalizou o instituto da antecipação da tutela (Lei n. 8.952, de 13-12-1994)”.

Assim, a tutela antecipada passou a ser utilizada no processo tributário, após a introdução do art. 273, do CPC, pela Lei nº 8.952/94.

Até o ano de 2001 não havia, na legislação, qualquer mandamento em relação aos efeitos com os quais a apelação da sentença, com confirmação de tutela antecipada, deveria ser recebida. Desse modo, essa decisão ficava ao livre convencimento do magistrado. Somente com edição da Lei nº 10.352, de 26 de janeiro de 2001, que acrescentou o inciso VII, ao art. 520 do CPC, a legislação passou a regular a matéria, do seguinte modo:

Art. 520. A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que: (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

(...)

VII - confirmar a antecipação dos efeitos da tutela; (Incluído pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)

Aprofundando a análise, verifica-se que a lei modificadora é de dezembro de 2001, tendo a *vacatio legis* de três meses, conforme art. 2º, da Lei 10.352/01. Sendo assim, o inciso VII, do art. 520 do CPC, começou a vigorar somente em março de 2002. Há de ser observado, portanto, que somente a partir da vigência do inciso VII, ao art. 520, do CPC, o

recebimento das apelações de sentença que confirmam a antecipação dos efeitos da tutela passou a ser, via de regra, com efeito somente devolutivo.

Ocorre que, no presente caso, o despacho que recebeu a apelação da Fazenda no duplo efeito foi prolatado em 03 de dezembro 1997, antes da introdução do inciso VII, do art. 520, do CPC. Sendo assim, quando a Apelação da Fazenda foi recebida no duplo efeito, a extensão do efeito suspensivo atingiu também a confirmação da tutela antecipada, revogando-a. E, uma vez revogada, os efeitos da tutela antecipada desaparecem.

A decisão que recebeu a apelação em duplo efeito não foi atacada por nenhuma das partes. Se havia dúvida da Fazenda quanto aos efeitos nos quais o recurso foi recebido, ela poderia ter embargado para o esclarecimento, mas, ao contrário, a Fazenda ficou inerte, não tomando qualquer providência para sanar eventual dúvida. Se não havia dúvida, a Fazenda poderia ter efetuado o lançamento, tão logo fosse publicada a decisão que recebeu a apelação em duplo efeito, e não o fez.

Em relação à jurisprudência do STJ colacionada no voto vencido, com o devido respeito ao eminente Conselheiro Relator, penso que elas não se aplicam ao presente caso, pois foram decididas com fundamento na nova regra do CPC. Além disso, a primeira decisão trata de decisão de ação cautelar, instituto diverso da antecipação de tutela. A segunda decisão do STJ trata de um caso no qual a sentença foi improcedente e revogou a tutela antecipada, o que a difere do presente caso, no qual a sentença foi procedente e confirmou os efeitos da antecipação da tutela; a última decisão, assim como as outras, e como já mencionado acima, trata de processo no qual a apelação foi recebida na vigência do inciso VII, do art. 520, do CPC, logo, tratou-se de erro do juiz, que não observou a modificação processual.

Desse modo, a concessão da antecipação da tutela realmente suspendeu o crédito tributário, nos termos do art.151, inciso IV, do CTN. Quando a Fazenda recorreu, a Apelação foi recebida em duplo efeito, isto é, no devolutivo e no suspensivo, ficando, assim, cassada a tutela antecipada. A partir de então, o prazo decadencial passou a ser contado e a Fazenda poderia ter efetuado o lançamento.

Como o auto de infração foi lavrado somente em maio de 2009, ou seja mais de cinco anos após a data dos fatos geradores (ocorridos entre novembro de 1997 e abril de 2003) e mais de dez anos após o despacho que suspendeu os efeitos da tutela antecipada (de dezembro de 1997), está decaído o direito da Fazenda exigir o crédito tributário, tanto com fundamento do art. 150, §4º, do CTN, quanto pelo fundamento do art. 173, inciso I, do CTN.

Portanto, em razão da decadência, deve ser cancelado o auto de infração.

Ex positis, dou provimento ao Recurso Voluntário interposto para cancelar o auto de infração em razão da operação da decadência.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Jean Cleuter Simões Mendonça

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

Autenticado digitalmente em 21/12/2011 por JEAN CLEUTER SIMOES MENDONCA. Assinado digitalmente em 05

/01/2012 por JULIO CESAR ALVES RAMOS, Assinado digitalmente em 22/12/2011 por EMANUEL CARLOS DANTAS

DE ASSIS, Assinado digitalmente em 21/12/2011 por JEAN CLEUTER SIMOES MENDONCA

Impresso em 16/01/2012 por ELAINE ALICE ANDRADE LIMA

Processo nº 10840.720727/2009-15
Acórdão n.º **3401-001.618**

S3-C4T1
Fl. 1.702

CÓPIA