



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

Processo n° 11060.001114/2009-25
Recurso n° Embargos
Acórdão n° 3302-005.294 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de março de 2018
Matéria Imposto Sobre Produtos Industrializados - IPI
Embargante ENGARRAFADORA BRAMBILA LTDA - EPP
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/06/2004 a 30/11/2008

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INCOMPATIBILIDADE COMPROVADA. CONHECIMENTO E PROVIMENTO DOS EMBARGOS. EXIGIBILIDADE DE MULTA DE OFÍCIO. CABIMENTO.

É cabível a imputação da multa de ofício na lavratura de auto de infração, quando inexistente medida judicial na forma dos incisos IV e V do art. 151 do CTN, suspendendo a exigibilidade do crédito tributário, conforme demonstram os autos, quando da lavratura do Termo de Início de Ação Fiscal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em acolher os embargos de declaração para sanar a contradição alegada e em conhecer, parcialmente, do recurso voluntário e, na parte conhecida, em negar-lhe provimento para manter o lançamento da multa de ofício, vencido o Conselheiro José Renato P. de Deus que dava parcial provimento ao recurso. Designada a Conselheira Maria do Socorro F. Aguiar para redigir o voto vencedor.

[assinado digitalmente]

Paulo Guilherme Déroulède - Presidente.

[assinado digitalmente]

José Renato Pereira de Deus - Relator.

[assinado digitalmente]

Maria do Socorro Ferreira Aguiar - Redatora.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Paulo Guilherme Déroulède, José Fernandes do Nascimento, José Renato Pereira de Deus, Maria do Socorro

Ferreira Aguiar, Jorge Lima Abud, Diego Weis Júnior, Raphael Madeira Abad e Walker Araújo.

Relatório

Trata-se de Embargos de Declaração opostos pela Engarrafadora Brambila Ltda - EPP, ora embargante, face ao Acórdão 3302.003526, de 26/01/2017, por suposta incompatibilidade entre os fundamentos do voto e a decisão que não tomou conhecimento do recurso voluntário.

Observemos abaixo as disposições trazidas pelo despacho de admissibilidade dos Embargos de Declaração, que são de grande importância, e servem de razão para a resolução do recurso:

2. DAS ALEGAÇÕES

Em linhas gerais, considera que, por várias razões, não é aplicável ao caso concreto a Súmula Carf nº 01. Alega que pretendia a anulação completa do auto de infração controvertido. Que, subsistindo o auto de infração, não terá como dele defender-se, pois não o discute no processo judicial, no qual, ao contrário, terminou obtendo provimento para aproveitamento do crédito correspondente.

Argumenta:

Entendemos S.M.J. que a Súmula 1 aplica-se àqueles casos onde após o início do processo administrativo a parte resolve opor-se também judicialmente através de Ação Declaratória ou outro meio, o que nem de longe é o caso, já que o processo administrativo foi iniciado após a Ação Judicial e por isso estava com o chamado efeito de EXIGIBILIDADE SUSPENSA.

Ainda mais, que o próprio relator do processo afirma textualmente no voto, que há uma correção a ser feita no lançamento, mas, ao final, a Turma decide não conhecer do recurso.

Ora, pelo menos em tese, nas palavras do relator entende-se que a multa aplicada ao auto de infração estava incorreta, mas, mesmo assim, não houve provimento do recurso ao menos neste ponto.

Perceba-se no entanto, que ao reconhecer textualmente que a multa de ofício só poderia ser exigida “30 (trinta) dias contados da ciência da decisão final”, pode-se também depreender que as escriturações estavam corretamente realizadas, pois se não há multa, também não houve descumprimento da norma tributária.

3. DO CABIMENTO

É impertinente o protesto pelo reconhecimento do direito de litigar na esfera administrativa. É de amplo conhecimento que a opção pela via judicial, a qualquer momento, com o mesmo objeto do processo administrativo, importa renúncia às

instâncias administrativas. Basta ler o texto da Súmula Carf nº 1:

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.

O que se percebe é que a embargante mostra-se irresignada com a teor da decisão tomada. Os embargos de declaração, contudo, não são o meio adequado para discussões desse tipo.

O mesmo não se pode dizer em relação ao segundo apontamento.

De fato, o voto afirma taxativamente (e-folha 960) que "a correção a ser feita restringe a exigência da multa de ofício, a qual será exigida no interregno de 30 (trinta) dias contados da ciência da decisão final, não sendo quitada no prazo acima".

Compulsando os autos, constata-se, à e-folha 890, no relatório do acórdão de primeira instância, que não se trata de matéria preclusa. E, mesmo que assim não fosse, creio que essas considerações, presentes no corpo do voto, nunca seriam condizentes com a decisão de não tomar conhecimento do recurso voluntário. Se se tratasse de matéria preclusa, e, ainda assim, o relator quisesse sobre ela se pronunciar, necessariamente deveria tratá-la e declará-la como tal. Também não me parece que estejamos diante de um comentário apenas obiter dictum, pois trata da única matéria autônoma do auto de infração, não submetida ao Poder Judiciário.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro José Renato Pereira de Deus

Os presentes Embargos de Declaração foram devidamente admitidos, razão pela qual dele tomo conhecimento.

Conforme acima descrito a embargante suscitou a aparente contrariedade entre os fundamentos do voto e a decisão que não tomou conhecimento do recurso voluntário, e no sentir desse Conselheiro razão lhe assiste.

Como bem apontado pelo i. Conselheiro que promoveu a análise de admissibilidade do recurso, a matéria suscitada pela embargante não encontra-se preclusa e não compõem o objeto da ação judicial sobre a qual é aplicada a Sumula n. 1 do CARF.

Ressalta-se ainda que existe matéria suscitada no recurso voluntário que não foi objeto de apreciação no voto embargado, como a alegação de decadência trazida pela embargante recorrente.

I - DECADÊNCIA

Para a embargante recorrente o auto de infração que lhe foi imputado, estaria parcialmente "prescrito", trazendo os seguintes fundamento:

Durante todo este tempo nenhuma ação foi efetiva contra o contribuinte para a cobrança dos supostos créditos, mesmo ante a normatização prescrita pelo artigo 174 do CTN, que prescreve:

Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

I - pela citação pessoal feita ao devedor;

II - pelo protesto judicial;

III - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

IV - por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor.

Contudo deve ser observado fundamentalmente o parágrafo único do artigo 173 do mesmo diploma legal, que determina:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Tel SC (48) 3028 5600 | SP (11) 3522 6840

www.bureauempresas.com.br - E-mail: atendimento@bureauempresas.com.br

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento. [grifo nosso]

No caso em tela, os fatos geradores são dos anos de 2004, até 2009, sendo que nos últimos cinco anos a autoridade coatora constituiu o crédito, mas não executou qualquer cobrança do mesmo, pelo que a atividade deverá ser declarada, ao menos, parcialmente prescrita, por flagrante desistência de procedimento no devido lapso temporal legal.

Contudo, não entendo que assiste razão a embargante.

Depois de longo debate jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça consolidou seu entendimento no Recurso Especial nº 973.733, de 12/08/2009, julgado sob o regime dos recursos repetitivos.

Desta forma, o prazo decadencial para o Fisco lançar o crédito tributário é de cinco anos, contados: (i) a partir da ocorrência do fato gerador, quando houver antecipação de pagamento e não houver dolo, fraude ou simulação (art. 150, §4º, CTN); ou (ii) a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, no caso de ausência de antecipação de pagamento ou quando houver dolo, fraude ou simulação (art. 173, I, CTN).

O artigo 62, § 2º, Anexo II do RICARF, estabelece que o referido entendimento jurisprudencial é de observância obrigatória por este tribunal administrativo, não podendo dele se distanciar.

No presente processo não há comprovação de antecipação de pagamento do tributo, o que de plano afasta a possibilidade de aplicação da primeira premissa estabelecida pelo STF, como acima mencionado.

Nesse sentido, considero inaplicável à espécie a regra de contagem do prazo decadencial prevista no art. 150, §4º do CTN.

Vale ressaltar que a possibilidade de lançamento do tributo por parte da Fazenda Pública, mesmo nas hipóteses em que encontra-se suspensa a exigibilidade de crédito tributário, esta expressamente prevista em lei.

Tal regra é prevista no art. 63 da Lei n. 9.430/1996, que assim determina:

Art. 63. Na constituição do crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributo de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma dos incisos IV e V do art. 151 da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966, não caberá lançamento de multa de ofício.

§ 1º. O disposto neste artigo aplica-se, exclusivamente, aos casos em que a suspensão da exigibilidade do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo.

§ 2º A interposição de ação judicial favorecida com a medida liminar interrompe a incidência da multa de mora, desde a concessão da medida judicial, até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou a contribuição. (destaquei)

Assim, afasto a alegação de decadência trazida pela embargante recorrente.

II - MULTA DE OFÍCIO

Entretanto, reconhecer qualquer alegação no sentido de que à embargante não poderia ser imputada a multa de ofício de 75%, vez que carecia de observância a contagem do prazo de 30 (trinta) dias da cientificação para a quitação dos débitos para com o Fisco, é

totalmente contrário à decisão de não tomar conhecimento do Recurso Voluntário interposto pela contribuinte.

Entendo que a matéria relacionada a impossibilidade de aplicação da multa de ofício, suscitada pela embargante recorrente, não é atingida pela aplicação da Súmula CARF 1, razão pela qual deveria ter sido levada à deliberação do colegiado, o que de fato não ocorreu.

Assim, considerando a legislação alhures descrita, entendo que a aplicação da multa de ofício no presente caso não é legítima.

Conforme podemos extrair do todo documental disposto no presente processo, o procedimento fiscalizatório, que culminou com a lavratura do auto de infração e imposição de multa, é posterior ao processo judicial movido pela embargante recorrente, não havendo que se falar, num primeiro momento, em aplicação de penalidade.

Debrucemo-nos novamente sobre o que estabelece a legislação sobre o assunto. Diz o art. 63 da Lei 9.430/1996:

*Art. 63. Na constituição do crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributo de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma dos incisos IV e V do art. 151 da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966, **não caberá lançamento de multa de ofício.** (destaco)*

Ora! É exatamente o que se apresenta no caso em tela. O lançamento do crédito tributário, ocorrido após a medida judicial manejada pela embargante recorrente que discute a mesma matéria, serviu, exclusivamente, para prevenir, nos exatos termos da lei, a ocorrência da decadência do direito da Fazenda Pública de efetuar o lançamento de seu crédito. E, em sendo dessa forma, não há que se falar em lançamento da multa de ofício.

Esclarece-se por oportuno, que a exclusão da multa de ofício corresponde, somente, aos fatos geradores apresentados ao Judiciário, sobre os quais foi reconhecida a concomitância.

III - CONCLUSÃO

Diante do exposto, voto para dar provimento aos embargos, dando-lhe efeitos infringentes, para acolher o Recurso Voluntário da embargante recorrente, e nos termos das razões acima expostas dar-lhe parcial provimento, para excluir do auto de infração o lançamento da multa de ofício de 75%.

É como voto.

José Renato Pereira de Deus - Relator

Voto Vencedor

Conselheira Maria do Socorro Ferreira Aguiar, Redatora:

Com as vênias de praxe, a divergência com o voto do i. Relator prende-se à exigência da multa de ofício, de 75%, no lançamento que ora se discute em sede de embargos.

Destaca o Relatório Fiscal de fls.815/816:

O estabelecimento industrial acima qualificado apurou créditos do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI decorrente da aquisição de insumos imunes, isentos ou tributados com alíquota "zero", aplicados na industrialização de produtos, amparado pelo Mandado de Segurança nº 200071020016273.

A empresa obteve decisões favoráveis em primeira instância e no Tribunal, mas em última instância, conforme decisão do Recurso Extraordinário nº 370726 de 16/07/2007, foi negada a utilização dos referidos créditos, segue transcrita a decisão:

(...)

Por último - em 12/03/2008, ingressou com embargo de divergência, ainda pendente de julgamento. Os embargos de divergência possuem apenas o efeito devolutivo, sendo desprovido de suspensividade. - Assim, enquanto pendente de julgamento o embargo de divergência, não havendo aquelas causas de suspensão elencadas pelo art. 151 do Código Tributário Nacional, a exigibilidade do crédito tributário seguirá o teor da decisão recorrida.(grifei).

Nesse mister, dispõe o art. 63 da Lei nº 9.430, de 1996:

Art.63.Na constituição de crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributo de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma dos incisos IV e V do art. 151 da Lei nº5.172, de 25 de outubro de 1966, não caberá lançamento de multa de ofício.(Redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, exclusivamente, aos casos em que a suspensão da exigibilidade do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo.(Vide Medida Provisória nº 75, de 2002) (grifei).

§ 2º A interposição da ação judicial favorecida com a medida liminar interrompe a incidência da multa de mora, desde a concessão da medida judicial, até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição.(Vide Medida Provisória nº 75, de 2002)

Em face das disposições do § 1º acima transcrito, verifica-se que a ciência ao Termo de Início de Ação Fiscal, fls.03, ocorreu em 27/09/2008, fl.04, quando inexistia causa suspensiva de exigibilidade do crédito tributário, conforme expressamente destacado no Relatório Fiscal de fls.815/816, portanto não se aplica ao caso dos autos as disposições do *caput* do art 63 supra, de inexigibilidade da multa de ofício visto que o início de ação fiscal ocorreu quando inexistia causa suspensiva de exigibilidade do crédito tributário, sendo portanto aplicável ao lançamento a multa de ofício de 75%.

Ante o exposto, voto por acolher os embargos de declaração para sanar a contradição alegada e em conhecer, parcialmente, do recurso voluntário e, na parte conhecida,

negar-lhe provimento para manter o lançamento da multa de ofício de 75%, conforme consta no auto de infração.

[Assinado digitalmente]

Maria do Socorro Ferreira Aguiar

Redatora designada