



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

Processo n° 11065.724728/2013-15
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3402-003.006 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de abril de 2016
Matéria IPI
Recorrente INDUSTRIAL BOITUVA DE BEBIDAS S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI

Período de apuração: 31/01/2009 a 31/12/2009

MATÉRIA NÃO IMPUGNADA. PRECLUSÃO TEMPORAL E IMPOSSIBILIDADE DE INOVAR NO RECURSO VOLUNTÁRIO.

Nos termos do art.17 do Decreto 70.235/72, considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante. O sistema de preclusões no procedimento administrativo veda a veiculação de novos fundamentos para a impugnação no âmbito do Recurso Voluntário.

CONCOMITÂNCIA DE PROCESSO JUDICIAL SOBRE O MESMO OBJETO. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DA MATÉRIA. SÚMULA CARF Nº01.

Em caso de concomitância entre processo judicial e administrativo, a matéria abarcada pela primeira não deve ser conhecida por este Colegiado, por força da Súmula CARF nº01, devendo-se prosseguir o julgamento apenas das matérias restantes, que não restarem prejudicadas.

CRÉDITO DE IPI. COISA JULGADA. LIMITES OBJETIVOS. ISENÇÃO E SUSPENSÃO.

Não é lícito a interpretação ampliativa do conteúdo da coisa julgada para fazê-la alcançar a suspensão, tendo esta abrangido somente o crédito de IPI relativo aos insumos e matérias-primas adquiridos sob o regime de isenção, imunes, não tributados ou sujeitos à alíquota zero.

MULTA QUALIFICADA PELA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. PRAZO.

Somente o trânsito em julgado administrativo de decisão que aplica a multa de infração gera os efeitos de da regra de agravamento por reincidência específica.

Caso o contribuinte tenha agido após os cinco anos de vigência da agravante, não faz ele jus à punição qualificada, mesmo que exista outro processo

administrativo em curso, ainda não definitivamente julgado, independente da instância administrativa em que esteja.

Recurso Parcialmente Provido.

Crédito Parcialmente Mantido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao Recurso Voluntário, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado, para afastar o agravamento da multa para os créditos indevidos aproveitados entre 11/08/2009 e 31/12/2009.

Antônio Carlos Atulim - Presidente.

Relator Carlos Augusto Daniel Neto - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antonio Carlos Atulim, Jorge Freire, Valdete Aparecida Marinheiro, Waldir Navarro Bezerra, Thais de Laurentiis Galkowicz, Maria Aparecida Martins de Paula, Diego Diniz Ribeiro e Carlos Augusto Daniel Neto.

Relatório

Aproveito neste voto o minucioso relatório feito pelo relator do processo na DRJ/Porto Alegre:

O estabelecimento industrial acima qualificado, originalmente Cassel S/A Indústria de Bebidas, posteriormente Industrial Boituva de Alimentos S/A e, atualmente, Industrial Boituva de Bebidas S/A, doravante designado “Boituva”, foi autuado por Auditora- Fiscal da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Novo Hamburgo, para exigência do IPI, no valor de R\$ 5.657.380,13, acrescido de juros de mora e da multa de 150% do referido imposto, majorada por reincidência específica, totalizando R\$ 16.373.059,24, na data do lançamento de ofício, conforme Auto de Infração das fls. 147 a 155.

Os motivos da autuação se acham explicitados no Relatório da Ação Fiscal das fls. 156 a 165, a seguir resumido.

De posse da documentação inicialmente solicitada, a fiscalização verificou que foram escrituradas no livro Registro de Entradas notas fiscais emitidas pelo próprio estabelecimento, sob o Código Fiscal de Operações e Prestações (CFOP) 1.949, alusivo a “outra entrada de mercadoria ou prestação de serviço não especificada”, fato em relação ao qual o estabelecimento apresentou a seguinte justificativa: “Estorno dos débitos fiscais extemporâneos produzidos pelo não uso nas épocas oportunas dos créditos fiscais demonstrados nas planilhas anexas com o fito de compensação (abatimento) com os débitos fiscais gerados

no período de apuração atual consoante direito potestativo decorrente do art.153, parágrafo 3, II, da CF/88”.

Intimado a dar maiores explicações, o estabelecimento se reportou ao Mandado de Segurança nº 1999.71.08.009927-0/RS, em que, segundo a autora do procedimento fiscal, foi reconhecido o direito ao aproveitamento de créditos do IPI nas aquisições de insumos isentos desse imposto, ou tributados à alíquota zero, ao passo que as aquisições em relação às quais foram aproveitados créditos por Boituva dizem respeito a produtos saídos dos estabelecimentos fornecedores com suspensão do IPI, que é uma técnica fiscal de postergação do pagamento do imposto para etapas subsequentes do processo produtivo, não se confundindo com o benefício fiscal da isenção, nem com a tributação à alíquota zero, suspensão que, sobretudo, não legitima qualquer crédito, dada a inexistência de cobrança do IPI na operação, seja do ponto de vista da legislação tributária, seja do ponto de vista do mandado de segurança invocado pelo estabelecimento. A propósito do referido mandado de segurança, a fiscalização refere a existência de decisão na Ação Rescisória nº 0012600-84.2012.404.0000/RS, favorável à União, permitindo o lançamento de ofício do IPI que não tenha sido recolhido pela utilização de créditos desse imposto, nas aquisições de insumos isentos desse imposto, ou tributados à alíquota zero, excluindo a imposição de multa.

A fiscalização ressalta que o principal produto fabricado pelo estabelecimento é a aguardente de cana, que, em razão do princípio constitucional da seletividade do IPI, em função da essencialidade do produto, é normalmente tributado por esse imposto, nas saídas promovidas por Boituva, que é o contribuinte de direito, sendo o ônus correspondente suportado pelos respectivos clientes de Boituva, que são os contribuintes de fato. Ocorre, segue a fiscalização, que graças ao artifício de escrituração dos créditos fictos nas aquisições de insumos saídos dos estabelecimentos fornecedores com suspensão, Boituva não recolhe aos cofres públicos o valor do IPI lançado nas notas fiscais de saída e pago pelos seus clientes, eis que deduz, do montante dos débitos escriturados, os créditos considerados indevidos na presente auditoria.

Assim, em primeiro lugar, foi constatado que o interessado utilizou, para dedução de débitos na escrita fiscal do IPI, de janeiro a dezembro de 2009, créditos fictos desse imposto, constantes de notas fiscais de entrada emitidas pelo próprio interessado, sem amparo na legislação e tampouco na decisão judicial invocada, conforme planilha na fl. 160, no valor total de R\$ 5.505.380,13, relativos a entradas de álcool e de aguardente de cana, que saíram dos estabelecimentos remetentes com suspensão do IPI, tendo sido promovida a glosa desses créditos e o correspondente lançamento de ofício do IPI, acrescido de juros de mora e da multa de ofício de 150%, por reincidência específica.

Em segundo lugar, a autora do procedimento fiscal constatou que o interessado também utilizou na escrita fiscal do IPI crédito irregular, no valor de R\$ 152.000,00, que corresponde ao IPI lançado indevidamente na Nota Fiscal nº 269, de aquisição de álcool neutro, do fornecedor Joma Indústria e Comércio de Bebidas Ltda., inscrito no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) sob nº 09.526.482/0001-92. O mencionado produto deveria obrigatoriamente ter saído do estabelecimento fornecedor com suspensão do IPI, circunstância que torna ilegítimo o crédito do imposto pelo adquirente, pois foi indevidamente lançado na nota fiscal de saída, levando à glosa do valor creditado na escrita fiscal e tornando devida, além do IPI correspondente, exigido neste processo, também a multa igual ao valor comercial da mercadoria, prevista no art. 7º da Lei nº 9.493, de 10 de setembro de 1997, conforme discriminado na fl. 161, no valor de R\$ 1.900.000,00, sendo esta última exigência objeto do processo 11065.724885/2013-21.

Note-se que a ação fiscal que deu origem ao presente processo 11065.724728/2013-15, referente ao período de janeiro a dezembro de 2009, também gerou o processo 11065.721263/2014-21, pela mesma infração, referente ao período de janeiro de 2010 a dezembro de 2011, além de ter gerado o citado processo 11065.724885/2013-21, sendo que os três estão sendo apreciados nesta sessão de julgamento.

No tocante à glosa de créditos nas aquisições de produtos saídos do estabelecimento fornecedor com suspensão do IPI, a fiscalização ressalta que a pessoa jurídica havia sido autuada anteriormente pela mesma infração, em especial, nos processos 11065.000887/2001-97, 11065.001289/2007-21 e 11065.000577/2010-63. Além desses processos, também houve autuação sob o mesmo fundamento no processo 11065.001149/00-88.

Nesse último processo 11065.001149/00-88, o estabelecimento foi autuado pela utilização indevida, no período de janeiro de 1998 a janeiro de 2000, do crédito ficto descrito no item precedente, sendo que a autuação foi objeto da Decisão DRJ/POA nº 1.023, de 20 de agosto de 2001, confirmada em segunda instância pelo Acórdão nº 202-15.422, da Segunda Câmara do antigo Segundo Conselho de Contribuintes. O julgamento em primeira instância considerou que houve opção do interessado pela discussão na via judicial, no tocante ao aproveitamento de créditos de IPI em aquisições de insumos com suspensão do imposto, matéria essa objeto do Mandado de Segurança nº 1999.71.08.0099270/RS, antes mencionado, razão pela qual a impugnação e o recurso não foram conhecidos, nessa parte, e o lançamento foi considerado definitivo na esfera administrativa.

No outro processo mencionado, 11065.000887/2001-97, o estabelecimento foi autuado pela utilização indevida, no período de maio de 2000 a março de 2001, do mesmo crédito ficto nas aquisições de produtos saídos do estabelecimento fornecedor com suspensão do IPI, sendo que a autuação foi alvo da Decisão DRJ/POA nº 1.052, de 27 de agosto de 2001, confirmada em segunda instância pelo Acórdão nº 202-15.423, da Segunda

Câmara do antigo Segundo Conselho de Contribuintes. O julgamento em primeira instância também considerou que houve opção do interessado pela discussão na via judicial, no tocante ao aproveitamento de créditos de IPI em aquisições de insumos com suspensão do imposto, matéria que, segundo antes mencionado, é objeto do Mandado de Segurança nº 1999.71.08.0099270/RS, razão pela qual a impugnação e o recurso não foram conhecidos, nessa parte, e o lançamento foi considerado definitivo na esfera administrativa.

Em relação aos dois processos citados nos dois itens precedentes (11065.001149/00-88 e 11065.000887/2001-97), sobreveio sentença em outro mandado de segurança, dessa feita de nº 502425496.2012.404.7108/RS, impetrado pelo interessado neste processo. A referida sentença considerou que a matéria objeto do lançamento discutido administrativamente não é a mesma da ação judicial que beneficiou o contribuinte, determinando a apreciação das impugnações interpostas nos processos 11065.001149/00-88 e 11065.000887/2001-97, na parte em que não haviam sido conhecidas sob o argumento de opção pela via judicial. O magistrado, na sentença, discorreu com propriedade sobre as diferenças entre os institutos da isenção e da suspensão do IPI. O novo julgamento determinado pelo juízo aconteceu, respectivamente, pelos Acórdãos nº 10-46.707 e nº 10-46.708, ambos de 30 de setembro de 2013, desta Terceira Turma, que consideraram improcedentes as impugnações apresentadas nos referidos processos, mantendo o crédito tributário exigido em relação às glosas de créditos nas aquisições de insumos saídos com suspensão do IPI do estabelecimento fornecedor. Os dois acórdãos citados transitaram em julgado, sem interposição de recurso voluntário, e os débitos correspondentes foram encaminhados pela unidade de jurisdição do sujeito passivo, para inscrição em dívida ativa.

Posteriormente, o interessado voltou a ser autuado pelas mesmas glosas de créditos nas aquisições de insumos saídos do estabelecimento fornecedor com suspensão do IPI, nessa oportunidade, no processo 11065.001289/2007-21, mencionado no início deste relatório, processo que focalizou o período que vai de 2003 a 2006, inclusive com majoração da multa de ofício, de 75% para 150%, por reincidência específica. Nesse último caso, o julgamento guardou conformidade com os julgamentos das autuações anteriores, conforme Acórdão nº 10-15.059, de 24 de janeiro de 2008, desta Terceira Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Porto Alegre (DRJ/POA), mantendo-se a autuação, sem que se tomasse conhecimento da impugnação no tocante à glosa de créditos nas aquisições de insumos saídos do estabelecimento fornecedor com suspensão do IPI, dada a opção pela via judicial, nessa matéria.

Ainda quanto a esse processo 11065.001289/2007-21, cumpre relatar que houve interposição de recurso voluntário ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf), o qual foi apreciado conforme Acórdão nº 3403-000.947, de 2 de junho de 2011, da 3ª Turma Ordinária da 4ª Câmara, segundo consta nas fls. 1248 a 1260 do citado processo, acórdão que deu provimento parcial ao recurso voluntário em comento, exclusivamente para descaracterizar a majoração da multa, por reincidência específica, no tocante a alguns dos períodos de apuração. O voto condutor do aresto considerou o trânsito em julgado em 10 de agosto de 2004, em relação aos Acórdãos 202-15.422 e 202-15.423 proferidos nos processos 11065.001149/00-88 e 11065.000887/2001-97, respectivamente, data a partir da qual o Acórdão nº 3403-000.947 manteve a reincidência específica. Importante observar que o sujeito passivo interpôs, em duas oportunidades, embargos de declaração contra o citado Acórdão nº 3403-000.947, tendo sido ambos rejeitados, em caráter definitivo, sob o fundamento de que o recorrente pretendia rediscutir as questões postas em recurso voluntário e devidamente julgadas no acórdão questionado, conforme consta nas fls. 1339 e 1510 do processo 11065.001289/2007-21. Nesse mesmo processo, ainda houve a interposição de recurso especial pelo interessado, contra os despachos de rejeição dos embargos declaratórios, sem abordar a questão de fundo do antes mencionado Acórdão nº 3403-000.947, recurso especial que não foi admitido pelo Presidente da 4ª Câmara da 3ª Seção do Carf, conforme consta nas fls. 1560 e 1561 do processo 11065.001289/2007-21, por considerar incabível recurso especial contra despacho monocrático de rejeição de embargos. O despacho que não admitiu o recurso especial foi confirmado por despacho do Presidente do Carf, na fl. 1652 do processo 11065.001289/2007-21. Nesse mesmo processo, recentemente, foi apresentado o requerimento das fls. 1658 a 1660, pelo qual o sujeito passivo postula a exclusão da multa, invocando decisão proferida na Ação Rescisória nº 0012600-84.2012.404.0000/RS, proposta pela União contra o antes mencionado Mandado de Segurança nº 1999.71.08.009927-0/RS, que havia reconhecido, ao interessado, o direito de se creditar do IPI relativo aos insumos e matérias-primas imunes, isentos, não tributados ou sujeitos à alíquota zero. O despacho mais recente no processo 11065.001289/2007-21 é de encaminhamento para ciência do interessado sobre o fato de não ter sido admitido o recurso especial por ele apresentado.

Recentemente, em outro processo administrativo, dessa feita protocolizado sob nº 11065.000577/2010-63, sobreveio nova autuação contra o interessado, também alusiva à glosa de créditos nas aquisições de insumos saídos do estabelecimento

fornecedor com suspensão do IPI, no período de janeiro de 2007 a dezembro de 2008, autuação que foi objeto de impugnação e julgamento por esta Terceira Turma, conforme Acórdão nº 10-31.179, de 29 de abril de 2011, mantendo-se o lançamento de ofício, sem que se tomasse conhecimento da impugnação no tocante à referida glosa relacionada à suspensão, tendo em vista que Boituva optou por discutir esse assunto na via judicial. O referido Acórdão nº 10-31.179 foi alvo de recurso voluntário, que aguarda apreciação pela 2ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da 3ª Seção de Julgamento do Carf.

Retornando ao presente processo, cumpre dizer que as infrações foram enquadradas nos dispositivos mencionados nas fls. 149 e 150. Quanto à exigência de multa e juros, o enquadramento acha-se especificado na fl. 153.

Cientificado da autuação ora em exame em 9 de dezembro de 2013, segundo consta na fl. 147, o contribuinte impugnou tempestivamente a exigência, em 8 de janeiro de 2014, por meio do arrazoado das fls. 368 a 399, firmado por advogado credenciado pelos documentos das fls. 400 a 411 e instruído pelos documentos das fls. 412 a 466, alegando novamente ser beneficiário do direito de crédito do IPI nas aquisições de insumos saídos do estabelecimento fornecedor com suspensão do referido imposto, com menção e transcrição de excertos doutrinários e jurisprudenciais, reiterando a argumentação apresentada nas impugnações opostas aos diversos lançamentos anteriores, e dizendo, em resumo, o que segue.

O impugnante sustenta que, ao lhe ser reconhecido em juízo o direito de aproveitar créditos do IPI nas aquisições de insumos isentos, não tributados ou tributados à alíquota zero, fica implícito o direito de crédito do mesmo imposto nas aquisições de insumos saídos do estabelecimento fornecedor com suspensão, dado que, do ponto de vista da defesa, suspensão é espécie do gênero isenção. Segue dizendo que reforça esse entendimento o fato de que suspensão e isenção têm os mesmos efeitos jurídicos e econômicos. Aduz que, na hipótese de suspensão, o IPI incide e, se incide, há necessariamente crédito. Deixar de reconhecer esse direito implica, segundo o impugnante, desobediência à decisão judicial.

Segue afirmando que a Ação Rescisória nº 0012600-84.2012.404.0000/RS não tem o efeito de impedir o aproveitamento dos créditos em questão com efeitos retroativos, porquanto, ao tempo da apropriação dos créditos em litígio, vigorava decisão do STF e do TRF da 4ª Região que reconheciam ao impugnante o direito discutido.

Para sustentar o exame, neste processo, do litígio sobre o alegado crédito do IPI referente aos insumos saídos do estabelecimento fornecedor com suspensão, invoca a decisão proferida no Mandado de Segurança nº 5024254-96.2012.404.7108, que anulou decisões de não conhecimento dessa matéria baseadas na opção pela via judicial, proferidas

nos processos administrativos 11065.001149/00-88 e 11065.000887/2001-97, obrigando o conhecimento da impugnação no tocante à referida glosa de créditos.

Afirma que a exigência de multa é descabida, à luz do que ficou decidido pelo TRF da 4ª Região na Ação Rescisória nº 0012600-84.2012.400.0000.

Além disso, a defesa alega que a multa aplicada no percentual de 150% do valor do tributo exigido é manifestamente inconstitucional, por ser confiscatória.

Encerra, pedindo a improcedência da autuação.

É o relatório.

O acórdão da DRJ decidiu nos seguintes termos:

Vistos, relatados e discutidos os autos, acordam os membros da Terceira Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, (a) não tomar conhecimento da impugnação das fls. 368 a 399, no tocante ao mérito da glosa de créditos do IPI, relativos a entradas de insumos que saíram dos estabelecimentos fornecedores com suspensão desse imposto, dada a opção pela via judicial, quanto a essa matéria, declarando definitiva, na esfera administrativa, a glosa e a correspondente exigência do IPI, no valor total de R\$ 5.505.380,13, conforme planilha na fl. 160, acrescido de juros de mora, (b) não tomar conhecimento da preliminar de inconstitucionalidade da multa de ofício proporcional ao IPI, (c) considerar definitiva a exigência não contestada do IPI, no valor de R\$ 152.000,00, acrescida de juros de mora e da multa de ofício lançada, referente à glosa de crédito irregular desse imposto, que foi indevidamente lançado, pelo fornecedor, na correspondente nota fiscal de saída de produto sujeito à suspensão obrigatória do IPI, e (d) no mérito, na parte litigiosa, julgar improcedente a impugnação das fls. 368 a 399, para manter a exigência da multa de ofício no percentual de 150%, por reincidência específica, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

O Contribuinte apresentou Recurso Voluntário repisando os argumentos da impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Relator Carlos Augusto Daniel Neto

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, devendo ser conhecido.

Verifica-se de pronto que a lida versa apenas sobre a tomada indevida de créditos de entradas de insumos sujeitos a suspensão do IPI. Não houve glosa ao creditamento de insumos isentos, imunes ou com alíquota zero:

(...) as aquisições em relação às quais foram aproveitados créditos por Boituva dizem respeito a produtos saídos dos estabelecimentos fornecedores com suspensão do IPI (...)

1. Da matéria não impugnada

O contribuinte alega que impugnou genericamente a multa do art.7º da Lei 9.493/1997.

Como bem apontado pela DRJ, não existe contestação expressa, porquanto o impugnante sustenta em suas razões exclusivamente o direito de crédito do IPI nas aquisições de insumos saídos do estabelecimento fornecedor com suspensão desse imposto, sendo que, nessa segunda infração, ***o que ocorreu foi saída com tributação indevida, em detrimento da suspensão obrigatória.***

Tal circunstância implica, em face do disposto no art. 58 do Decreto nº 7.574, de 29 de setembro de 2011, a seguir transcrito, a definitividade da correspondente parcela de R\$ 152.000,00:

“Art. 58. Considera-se não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante (Decreto nº 70.235, de 1972, art. 17, com a redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997, art. 67).”

Improcede, pois, a preliminar do Recorrente.

2. Da opção pela via judicial

A respeito desse tema, há exemplar voto do Conselheiro Antônio Carlos Atulim, Presidente deste Colegiado, que tratou de questão idêntica no Acórdão 3403-000.947, relativa ao mesmo contribuinte, com diferenças apenas nos períodos de apuração, mas versando sobre os mesmos processos judiciais e seus efeitos.

O colegiado *a quo* fundamentou o não conhecimento da questão do direito ao crédito ficto das entradas com suspensão de IPI, vez que a matéria estava sujeita à análise no Judiciário, no Parecer Normativo Cosit nº 7, de 22 de agosto de 2014, que revogou o ADN nº3/96:

“CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL E PROCESSO JUDICIAL COM O MESMO OBJETO. PREVALÊNCIA DO PROCESSO JUDICIAL. RENÚNCIA ÀS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS.

DESISTÊNCIA DO RECURSO ACASO INTERPOSTO.

A propositura pelo contribuinte de ação judicial de qualquer espécie contra a Fazenda Pública com o mesmo objeto do processo administrativo fiscal implica renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso de qualquer espécie interposto.

Quando contenha objeto mais abrangente do que o judicial, o processo administrativo fiscal deve ter seguimento em relação à parte que não esteja sendo discutida judicialmente.

A decisão judicial transitada em julgado, ainda que posterior ao término do contencioso administrativo, prevalece sobre a decisão administrativa, mesmo quando aquela tenha sido desfavorável ao contribuinte e esta lhe tenha sido favorável.

*A renúncia tácita às instâncias administrativas não impede que a Fazenda Pública dê prosseguimento normal a seus procedimentos, devendo proferir **decisão formal, declaratória da definitividade da exigência discutida** ou da decisão recorrida.*

É irrelevante que o processo judicial tenha sido extinto sem resolução de mérito, na forma do art. 267 do CPC, pois a renúncia às instâncias administrativas, em decorrência da opção pela via judicial, é insuscetível de retratação.

A definitividade da renúncia às instâncias administrativas independe de o recurso administrativo ter sido interposto antes ou após o ajuizamento da ação.”(destacado na transcrição)

Pela integral adequação ao caso *sub judice*, repiso as razões do voto do Cons.

Atulim:

Analisando-se a fundamentação e o pedido da inicial do mandado de segurança nº 1999.71.08.0099270 (fls. 18/97) verificase que realmente a questão do direito ao crédito de IPI pelas entradas de insumos desoneradas do imposto foi submetida ao crivo do Poder Judiciário antes da autuação.

A Súmula nº 1 do Segundo Conselho de Contribuintes, assim estabelece:

“SÚMULA 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.”

Portanto, não é nula e nem merece reparo a decisão recorrida, posto que decidiu a questão no mesmo sentido da súmula de jurisprudência do Conselho de Contribuintes.

A esta conclusão, no mencionado voto, seguiu um longo arrazoado demonstrando a constitucionalidade da mandatária renúncia às vias administrativas pela adoção da via judicial, com fundamento no Recurso Especial nº 24.0406/RJ.

Dessa forma, há que se reconhecer a concomitância da discussão judicial e administrativa, com aplicação da Súmula CARF nº1 e não conhecimento do pleito reiterado.

2. Do Direito ao crédito reconhecido no Mandado de Segurança

O Recorrente alega que o MS abrange os insumos que entraram com suspensão do IPI, mas não é o que se verifica da leitura dos acórdãos, cujas ementas são claríssimas. A Apelação em Mandado de Segurança no 1999.71.08.009927-0/RS foi assim ementada:

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

Autenticado digitalmente em 04/05/2016 por CARLOS AUGUSTO DANIEL NETO, Assinado digitalmente em 04/0

5/2016 por CARLOS AUGUSTO DANIEL NETO, Assinado digitalmente em 11/05/2016 por ANTONIO CARLOS ATULIM

Impresso em 12/05/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

“TRIBUTÁRIO. PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. CRÉDITO PRESUMIDO.

1. *O princípio constitucional da não-cumulatividade tem como finalidade essencial a proteção do consumidor final, evitando que este venha a suportar carga tributária excessiva, decorrente da incidência cumulativa de IPI, nas operações que envolvem o processo de industrialização.*

2. **O contribuinte tem direito de creditar-se do IPI relativo aos insumos e matéria-primas adquiridos sob o regime de isenção, imunes, não tributados ou sujeitos à alíquota zero, a fim de que o benefício possa ser efetivamente refletido no preço final do produto oferecido ao consumo.**

3. *Sobre os créditos apurados incide correção monetária, a fim de conservá-los o poder aquisitivo da moeda.”(grifos nossos)*

Embora o impetrante tenha revelado a pretensão de se utilizar de supostos créditos nas entradas de insumos remetidos ao seu estabelecimento, com suspensão do IPI, o acórdão do TRF da 4ª Região não reconheceu esse direito específico – que tampouco existe na legislação – limitando-se a autorizar créditos do IPI, em outras hipóteses, créditos que denominou de “presumidos”.

O mesmo se deu no STF, no julgamento do Terceiro Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 370.562, em que foram agravantes União e Industrial Boituva de Alimentos S/A, com trânsito em julgado em 16 de fevereiro de 2012:

*“RECURSO EXTRAORDINÁRIO – **AQUISIÇÃO DE MATÉRIAS-PRIMAS, INSUMOS E PRODUTOS INTERMEDIÁRIOS SOB REGIME DE ISENÇÃO, DE NÃO TRIBUTAÇÃO OU DE ALÍQUOTA ZERO** – RECONHECIMENTO, PELO TRIBUNAL RECORRIDO, DO DIREITO DA EMPRESA CONTRIBUINTE AO APROVEITAMENTO DO CRÉDITO DE IPI REFERENTE A TODAS ESSAS HIPÓTESES EXONERATIVAS, COM ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DOS RESPECTIVOS CRÉDITOS – APELO EXTREMO DEDUZIDO PELA UNIÃO FEDERAL QUE NÃO SE INSURGIU CONTRA O ACÓRDÃO NO PONTO EM QUE ESTE RECONHECEU O DIREITO DE CREDITAMENTO QUANTO AOS PRODUTOS ISENTOS – CONSEQÜENTE DEVOLUTIVIDADE PARCIAL DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO – TRÂNSITO EM JULGADO DO ACÓRDÃO NO PONTO QUE NÃO CONSTITUIU OBJETO DE IMPUGNAÇÃO RECURSAL – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICO-PROCESSUAL DE JULGAMENTO “EXTRA PETITA” – NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DISPOSITIVO – IMPOSSIBILIDADE DE EXAME, EM SEDE RECURSAL EXTRAORDINÁRIA, DA INCIDÊNCIA DE CORREÇÃO MONETÁRIA SOBRE O CRÉDITO RESULTANTE DO INGRESSO DE INSUMOS E MATÉRIAS-PRIMAS SOB REGIME DE ISENÇÃO – CONTENCIOSO DE MERA LEGALIDADE – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – RECURSO DE AGRAVO DA UNIÃO FEDERAL*

IMPROVIDO – AGRAVO DA EMPRESA CONTRIBUINTE PROVIDO, EM PARTE.” (destaques no original)

Melhor sorte não assiste ao Recorrente no julgamento da Ação Rescisória nº 0012600-84.2012.404.0000/RS:

“EMENTA TRIBUTÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. IPI. PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. INSUMOS ISENTOS, NÃO TRIBUTADOS OU REDUZIDOS À ALÍQUOTA ZERO. CRÉDITO PRESUMIDO. INEXISTÊNCIA. SÚMULA 63, DO TRF4.

1. A teor da súmula 63 desta Corte, ‘não é aplicável a Súmula 343 do STF nas ações rescisória versando matéria constitucional’.

2. De acordo com a inteligência do art. 153, § 3º, inc. II, da Constituição Federal, somente os valores efetivamente recolhidos na operação anterior é que podem gerar créditos do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, por ocasião da saída do produto final do estabelecimento industrial.

3. Assim, por não haver ‘cobrança’ do imposto na operação de entrada, relativamente à aquisição de insumos isentos, não-tributados ou sujeitos à alíquota zero, é vedada a aquisição de crédito - presumido - relativamente a tais operações. Precedentes da Primeira Seção deste Tribunal Regional.

4. Precedentes desta Corte e do STF (REXT 353.657/PR).”

“ACÓRDÃO Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 1ª Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por maioria, em juízo rescindendo, julgou parcialmente procedente a ação rescisória para desconstituir o acórdão proferido no mandado de segurança que foi referido e, em juízo rescisório, deu provimento parcial à apelação da empresa autora, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 05 de dezembro de 2013.”

Ainda que pendentes Embargos Infringentes da Recorrente nesta Ação Rescisória, não há qualquer fundamento para que o presente processo administrativo não possa ser julgado de pronto.

E mais, alega insistentemente a Recorrente que **SUSPENSÃO** e **ISENÇÃO** seriam figura idênticas, intercambiáveis. Tal argumento certamente não deve prosperar, haja vista se tratarem de institutos há muito consolidados na prática tributária brasileira, com distinção tanto no âmbito legal quanto jurisprudencial.

A jurisprudência desse Conselho é firme em reconhecer a distinção entre as duas figuras.

Dessa forma, não procede o pleito do Recorrente, restando definitiva a exigência sob discussão.

3. Da majoração da multa por reincidência específica

Sobre este tema, trago o voto exarado na DRJ para após demonstrar as razões de minha divergência:

No tocante à impugnação do percentual, em si, da multa de ofício, que foi majorada em 100%, pela circunstância agravante de reincidência específica, resultando em multa de 150% sobre o IPI não recolhido, abordada no art. 479 do RIPI, de 2002 (art. 560 do RIPI de 2010), a seguir transcrito, cabe dizer que essa figura restou caracterizada, conforme será demonstrado na seqüência, justificando a aplicação da multa majorada:

*“Art. 479. Caracteriza reincidência específica a prática de nova infração de um mesmo dispositivo, ou de disposição idêntica, da legislação do imposto, ou de normas contidas num mesmo Capítulo deste Regulamento, por uma mesma pessoa ou pelo sucessor referido no art. 132, e parágrafo único, da Lei nº 5.172, de 1966, **dentro de cinco anos da data em que houver passado em julgado, administrativamente, a decisão condenatória referente à infração anterior** (Lei nº 4.502, de 1964, art. 70).”*

*Antes da exposição do ponto de vista deste relator, é preciso trazer a baila entendimento divergente sobre essa matéria, exarado no Acórdão nº 3403-000.947, que julgou recurso voluntário interposto por Boituva no processo 11065.001289/2007-21. No voto condutor do referido acórdão, o eminente relator admitiu a reincidência específica exclusivamente no período de cinco anos, contado de **10 de agosto de 2004**, data do trânsito em julgado relativo à prática da mesma infração, apurada anteriormente nos processos 11065.001149/00-88 e 11065.000887/2001-97. Eis a reprodução do trecho correspondente do voto condutor do referido aresto (fls. 1258 a 1260 do processo 11065.001289/2007-21):*

“.....

Nos processos nº 11065.001149/00-88 e 11065.000887/2001-97, tornaram-se definitivas, na via administrativa, as exigências do IPI fundadas nas glosas de supostos créditos pelas entradas de insumos remetidos ao estabelecimento do interessado com suspensão do imposto, mesma infração que gerou este processo.

Os documentos que vieram com a diligência demonstraram que o contribuinte foi notificado por edital dos Acórdãos n.º 202-15.422 e 202-15.423 proferidos naqueles processos.

Na fl. 1152, consta que o Edital nº 27/04/Sacat foi fixado no painel do saguão da Delegacia da Receita Federal em Novo Hamburgo no dia 08/07/2004, dando publicidade ao Acórdão nº 202-15.422.

Na fl. 1199, consta que o Edital nº 26/04/Sacat foi fixado no painel do saguão da Delegacia da Receita Federal em Novo Hamburgo no dia 08/07/2004, dando publicidade ao Acórdão n.º 202-15.423.

O art. 23, inciso III, § 1.º e § 2.º, inciso III, do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, na redação que lhe foi dada pelo artigo 67, da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, estabelecia o seguinte:

‘Art. 23 - Far-se-á a intimação:

I e II – *omissis* III - Por edital, quando resultarem improficuos os meios referidos nos incisos I e II.

§ 1º - O edital será publicado, uma única vez, em órgão de imprensa oficial local, ou afixado em dependência, franqueada ao público, do órgão encarregado da intimação.

§ 2º - Considera-se feita a intimação:

(...)

III - Quinze dias após a publicação ou afixação do edital, se este for o meio utilizado;’ Segundo esta regra, considera-se que o contribuinte foi cientificado dos Acórdãos acima citados no 16º dia, contado da fixação do edital, ou seja, a ciência ocorreu no dia 24/07/2004, sábado.

O prazo de 5 dias para a interposição de embargos de declaração e o prazo de 15 dias para interposição do recurso especial de divergência à Câmara Superior de Recursos Fiscais começaram a fluir na segunda-feira, dia 26 de julho de 2004.

O prazo para embargos de declaração transcorreu in albis e terminou no dia 30 de julho de 2004, sexta-feira.

O prazo para o recurso de divergência também transcorreu in albis e terminou no dia 09 de agosto de 2004, segunda-feira.

Portanto, segundo a regra do art. 42, II, do Decreto nº 70.235/72, os dois Acórdãos tornaram-se definitivos na via administrativa no dia 10 de agosto de 2004, terça-feira.

Tendo em vista que segundo a regra do art. 479 do RIPI/2002 (art. 70 da Lei nº 4.502/64), a reincidência específica somente se constitui do ponto de vista jurídico a partir da data em que passar em julgado a decisão condenatória referente à infração anterior, o agravamento da multa só pode ser mantido para fatos geradores ocorridos a partir de 10 de agosto de 2004 e até 10 de agosto de 2009.

A cópia do Livro de Registro e Apuração do IPI (fls. 223 a 519) comprova que os créditos pelas entradas com suspensão foram apropriados durante os anos de 2003 a 2006. Portanto, segundo a regra do art. 42, II, do Decreto nº 70.235/72, os dois Acórdãos tornaram-se definitivos na via administrativa no dia 10 de agosto de 2004, terça-feira.

Tendo em vista que segundo a regra do art. 479 do RIPI/2002 (art. 70 da Lei nº 4.502/64), a reincidência específica somente se constitui do ponto de vista jurídico a partir da data em que passar em julgado a decisão condenatória referente à infração anterior, o agravamento da multa só pode ser mantido para fatos

geradores ocorridos a partir de 10 de agosto de 2004 e até 10 de agosto de 2009.

.....”

Da mesma forma que se analisou a literalidade da decisão exaradas nos autos do MS comentado anteriormente, não se pode fugir do conteúdo literal do art.479 do RIPI 2002, que exige o trânsito em julgado administrativo, com o encerramento da discussão de forma definitiva nesta instância.

Compulsando o Processo 11065.001289/2007-21, verifica-se que o mesmo não foi definitivamente julgado, o que impede a sua aplicação para abranger todos os fatos ocorridos no ano de 2009, contados os 5 anos na data de 07/04/2008, data da intimação do Recorrente do Acórdão nº10-15.059, exarado no bojo do processo citado.

Desse modo, preciso o entendimento exarado pelo Conselheiro Antônio Carlos Atulim no Acórdão mencionado pela DRJ, de que o agravante da reincidência específica só poderia ser mantido para os fatos geradores entre 10/08/2004 até 10/08/2009.

Em razão disso, do PROCEDÊNCIA PARCIAL ao Recurso Voluntário para afastar o agravamento para os créditos indevidos aproveitados entre 11/08/2009 e 31/12/2009.

É como voto.

Relator Carlos Augusto Daniel Neto - Relator