



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

Processo n° 11080.012424/2007-75
Recurso n° 000.001 Voluntário
Acórdão n° **3301-01.439 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 25 de abril de 2012
Matéria IPI - AI
Recorrente TERMOLAR S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/03/2002, 01/01/2003 a 30/09/2007

DECISÃO RECORRIDA. NULIDADE.

Não provada violação das disposições contidas nas normas reguladoras do processo administrativo fiscal, não há que se falar em nulidade da decisão recorrida.

DECISÃO RECORRIDA. CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA

O indeferimento de pedido de perícia, o não reconhecimento de decadência suscitada e a falta de apreciação de inconstitucionalidade da penalidade aplicada, por parte da autoridade julgadora de primeira instância, não configuram cerceamento de defesa.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2002 a 30/11/2002

DECADÊNCIA

Demonstrado que a autoridade julgadora de primeira instância decidiu favoravelmente à recorrente quanto à suscitada decadência do direito de a Fazenda Pública constituir parte do crédito tributária, a apreciação e julgamento desta mesma matéria, nesta fase recursal, ficou prejudicada.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI

Período de apuração: 30/01/2002 a 31/03/2002, 10/01/2003 a 30/09/2007

CLASSIFICAÇÃO FISCAL. DESISTÊNCIA

A desistência do recurso voluntário, em relação ao crédito tributário lançado e exigido em decorrência de classificação equivocada, adotada pelo contribuinte, bem como a renúncia a quaisquer alegações de direito sob as quais aquele foi fundamentado, torna definitiva a exigência do crédito

tributário e prejudica o julgamento das questões de mérito opostas nesta fase recursal.

CRÉDITOS. INSUMOS INDIRETOS. CREDITAMENTO
EXTEMPORÂNEOS. GLOSA. DESISTÊNCIA

A desistência do recurso voluntário, em relação ao crédito tributário lançado e exigido em decorrência de glosa de créditos sobre insumos indiretos, escriturados extemporaneamente, bem como a renúncia a quaisquer alegações de direito sob as quais aquele foi fundamentado, torna definitiva a exigência do crédito tributário e prejudica o julgamento das questões de mérito opostas nesta fase recursal.

CRÉDITOS DISCUTIDOS JUDICIALMENTE. GLOSA

A opção do contribuinte pela via judicial para discutir a mesma matéria discutida na instância administrativa implicou renúncia a esta instância, nos termos da Súmula CARF nº 1, cabendo a autoridade administrativa competente cumprir, na íntegra, a decisão judicial transitada em julgado.

CRÉDITO PRÊMIO. VALOR ESCRITURADO. GLOSA.

No julgamento dos REs 561.485 e 577.348, sob o regime do art. 543-C da Lei nº 8.869, de 11/01/1973 (CPC), o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu que o crédito-prêmio do IPI vigorou até 05/10/1990; assim, em face do disposto no art. 62-A do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Ricarf), aplica-se ao presente julgamento, aquela decisão.

CRÉDITOS. DESCONTOS INCONDICIONAIS. EXCLUSÃO. GLOSA.

Inexiste amparo legal para se creditar do IPI decorrente da exclusão de descontos incondicionais da base de cálculo do Imposto.

CRÉDITOS. DIFERENÇAS DE ALÍQUOTAS. GLOSA.

A diferença entre as alíquotas incidentes nas aquisições de matérias primas, produtos intermediários e material de embalagem e a alíquota incidente sobre o produto industrializado e vendido não gera créditos de IPI escriturais.

EFEITO PROSPECTIVO. RECONHECIMENTO. CRÉDITOS.
AQUISIÇÕES DESONERADAS. APLICAÇÃO. DISCUSSÃO JUDICIAL.

O afastamento da aplicação do efeito prospectivo sobre a matéria, objeto de discussão, implicou em renúncia à esfera administrativa para sua discussão, prevalecendo a decisão judicial.

MULTA DE OFÍCIO

Nos lançamentos de ofício, para constituição de crédito tributário, incide multa punitiva calculada sobre a totalidade ou diferença do tributo ou contribuição lançados, segundo a legislação vigente.

RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do Relator.

(Assinado Digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas – Presidente

(Assinado Digitalmente)

Jose Adão Vitorino de Moraes – Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: José Adão Vitorino de Moraes, Antônio Lisboa Cardoso, Paulo Sérgio Celani, Andréa Medrado Darzé, Maria Teresa Martínez López e Rodrigo da Costa Possas.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra decisão da DRJ Porto Alegre que julgou procedente em parte a impugnação interposta contra o lançamento do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) referente aos fatos geradores do 3º decêndio de janeiro ao 3º decêndio de março de 2002 e dos decêndios de janeiro de 2003 aos decêndios de setembro de 2007.

O lançamento decorreu da glosas de diferenças créditos de IPI, apuradas sobre insumos adquiridos com alíquotas inferiores à do produto fabricado e vendido; de créditos escriturados com amparo em decisão judicial não transitada em julgado em que discute o direito de se creditar de IPI como se devido fosse nas aquisições de insumos tributados à alíquota zero e/ ou não tributados; de créditos apurados sobre descontos incondicionais concedidos; de crédito prêmio do IPI; e de créditos extemporâneos sobre insumos indiretos e, ainda, de diferenças decorrentes de erro de classificação de recipientes térmicos, conforme descrição dos fatos e enquadramento legal às fls. 1.851/1.856 e termo de encerramento de ação fiscal às fls. 1.880/1.897.

Cientificada da exigência do crédito tributário, a recorrente impugnou o lançamento (fls. 1.911/2.000), alegando razões que foram assim resumidas por aquela DRJ;

“Preliminarmente, a defesa requer o reconhecimento da decadência do direito de a Fazenda Nacional revisar e lançar crédito tributário, relativo às operações realizadas no período que vai de janeiro a novembro de 2002, com base no § 4º do art. 150 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional (CTN).

No mérito, o impugnante argumenta, em primeiro lugar, que adquire insumos tributados à alíquota zero ou em percentuais inferiores à alíquota do produto final, motivo por que se credita do IPI, pela diferença, como forma de preservar os princípios da não-cumulatividade e da seletividade do citado imposto, além de evitar o confisco, discordando, assim, da glosa respectiva. Acrescenta que o IPI incide apenas sobre o valor acrescido na etapa produtiva, conforme decisão da Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no processo que menciona. Além disso, o impugnante ressalta a Constituição legítima os créditos do IPI, quando, na operação anterior, ocorram as hipóteses de isenção, não-incidência ou alíquota reduzida, explicando a diferença, em matéria de crédito, entre o mencionado imposto e o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e

Intermunicipal e de Comunicação (ICMS). Cita e transcreve doutrina e jurisprudência que julga aplicável ao caso.

Na seqüência, a defesa aborda a glosa de créditos escriturado com base na Ação Judicial nº 2001.71.00.028153-8, em que existe decisão favorável, em segundo grau de jurisdição, ao direito de aproveitamento de créditos do IPI, oriundos da aquisição de insumos isentos ou tributados à alíquota zero, direito esse que o impugnante afirma decorrer do princípio constitucional da não-cumulatividade. Torna a citar doutrina e jurisprudência, para apoiar sua tese.

Adiante, o interessado contesta a glosa de créditos do IPI, oriundos da exclusão dos descontos incondicionais, na apuração da base de cálculo do referido imposto, dizendo que a nova redação do art. 14 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, dada pelo art. 15 da Lei nº 7.798, de 10 de julho de 1989, no sentido de que os descontos ainda que incondicionais, se incluem na base de cálculo do IPI, é disposição que conflita com o art. 47 do Código Tributário Nacional, o qual não autoriza a referida inclusão, devendo prevalecer, dada a sua superioridade hierárquica desse último diploma.

Em seguida, o impugnante aborda o extinto crédito-prêmio do IPI, instituído pelo art. 1º do Decreto-lei nº 491, de 5 de março de 1969, fazendo um histórico dos atos que regeram esse benefício, culminando com a Resolução nº 71, de 26 de dezembro de 2005, do Senado Federal, que, afirma o interessado, não estaria sendo cumprida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). Ato contínuo, a defesa contesta os dois motivos para a glosa fiscal, a saber: a) a tese da Fazenda, de que o benefício extinguiu-se em 30 de junho de 1983, por força do § 2º do art. 1º do Decreto-lei nº 1.658, de 1979, com a alteração do Decreto lei nº 1.722, de 1979; e b) o entendimento atualizado do Superior Tribunal de Justiça (STJ), de que o benefício pereceu em outubro de 1990, conforme art. 41 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Menciona doutrina e jurisprudência, que julga aplicáveis ao caso. Sustenta, sobretudo, que o crédito-prêmio do IPI jamais foi revogado.

Dando seguimento à sua defesa, o interessado impugna a glosa do crédito extemporâneo, referente a insumos indiretos, invocando o princípio da não-cumulatividade do IPI, citando e transcrevendo artigos da Carta Magna e do CTN. Segundo a leitura do impugnante, pelo mencionado princípio, todo e qualquer produto ou material que seja onerado pelo IPI e integre o processo produtivo da empresa na atividade, direta ou indiretamente, gera crédito do imposto para a compensação nas operações de recolhimento do IPI. Outra vez, cita e transcreve doutrina e jurisprudência, que considera favoráveis ao seu entendimento.

Além disso, o impugnante contesta a desclassificação fiscal das garrafas térmicas e produtos isotérmicos que fabrica, do código 3924.90.00 da TIPI, referente a "serviços de mesa e outros utensílios de mesa ou de cozinha - outros", com alíquota de 10%, para os códigos 3923.10.90 ou 3926.90.90 da mesma tabela, ambos com alíquota de 15%. Argumenta que seus produtos possuem natureza térmica, servindo para manter o frio ou o calor do líquido que contêm, para consumo humano, que, quando ocorre, caracteriza a equiparação dos mesmos produtos aos serviços de mesa ou de cozinha, lugar onde normalmente se encontrariam os líquidos, em tal estado. Solicita a realização de perícia, com a formulação dos quesitos correspondentes e a indicação e qualificação do seu perito.

Em seguida, o interessado passa a discorrer sobre a mudança da jurisprudência dos tribunais superiores, acerca dos créditos do IPI, cuja glosa ensejou a exigência impugnada e sobre o efeito prospectivo dessa mudança, explicando que, pela regra geral, as decisões produzem efeitos retroativos, em decorrência da declaração de inconstitucionalidade da norma tributária, seja em

sede de ação direta, ou diante de um caso concreto, visto que lei inconstitucional é lei nula e, conseqüentemente, os efeitos da decisão retroagem para o momento em que entrou em vigor na ordem jurídica a lei declarada inconstitucional. Contudo, seguindo a orientação de outros países, com a edição da Lei nº 9.868, de 1999, o direito brasileiro passou a adotar a possibilidade de se modular os efeitos temporais da decisão que declarar a inconstitucionalidade da lei, em respeito aos princípios da segurança jurídica, da boa-fé, da confiança legítima e da irretroatividade. Ressalta que se pudesse o Poder Judiciário, a todo instante, modificar seu entendimento sobre determinada matéria, atribuindo à legislação em vigor novo entendimento, por força de novas decisões, com efeito retroativos, instalar-se-ia absoluta insegurança jurídica. Refere que o próprio Código Tributário Nacional contém dispositivos que contemplam a boa-fé e a confiança legítima, citando os arts. 100 e 146.

Ainda sobre o pretendido efeito prospectivo na nova orientação jurisprudencial, a defesa alega que, se não for aceito o pedido de efeito prospectivo para efeito de liberar-lhe do pagamento do tributo devido no período em que a jurisprudência lhe era favorável, argúi o impugnante que a cobrança da multa de 75%, relativa ao mesmo período, configura excesso inaceitável. Com efeito, se o contribuinte pautou seu comportamento com base em iterativa jurisprudência do STJ, não é razoável exigir-lhe, além do IPI corrigido, também multa no valor de 75%. No caso dos autos, a penalidade suficiente para sancionar o contribuinte é a de ter seguido uma jurisprudência firme e sólida e que, posteriormente, foi alterada.

Na seqüência, o interessado, diz que é indevida a multa isolada, decorrente do lançamento de ofício. Afirma que o lançamento foi embasado no art. 90 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, ao passo que o art. 18 da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, com a redação da Lei nº 11.488, de 2007, autoriza a imposição da multa isolada, por compensação indevida, exclusivamente nos casos de falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo, o que não ocorreu, tendo em vista que foram escriturados créditos consagrados, na época, pela jurisprudência pátria. A improcedência da multa deve ser decretada com efeito retroativo, em face do disposto no art. 106, II, 'c', do CTN, conforme jurisprudência que cita e transcreve, restando devida exclusivamente a multa de mora.

Caso não seja acolhida a redução da multa de ofício de 75%, para a multa de mora, o impugnante pede o reconhecimento da inconstitucionalidade da multa de ofício, porque configura confisco, segundo a doutrina e a jurisprudência que cita e transcreve.

No epílogo, o interessado resume a sua inconformidade, solicitando: a decretação da decadência, no período que vai de janeiro a novembro de 2022, e a improcedência do Auto de Infração, na parcela não decaída. Alternativamente, pede o reconhecimento do efeito prospectivo da nova orientação do STJ, sobre os créditos do IPI, o que, se for rejeitado, ao menos justifique o cancelamento da multa, no período em que havia amparo na jurisprudência dos tribunais citados, ou mesmo o cancelamento integral, por ser exigência confiscatória, conformando-se com a cobrança da multa de mora. Reitera o pedido de perícia."

Analísada a impugnação, aquela DRJ julgou-a procedente em parte, cancelando parte do crédito tributário lançado e exigido, em face da decadência parcial suscitada pela recorrente, conforme acórdão nº 10-17.151, datado de 18/09/2008, às fls. 2.060/2.078, sob as seguintes ementas:

“DECADÊNCIA.

Em se tratando de lançamento por homologação, encontra-se fulminado pela decadência o crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos há mais de cinco anos da intimação da exigência, ocorrida em 20 de dezembro de 2007.

CRÉDITOS POR DIFERENÇA DE ALÍQUOTA.

É descabida a pretensão de se creditar do IPI, em nome do princípio da não-cumulatividade desse imposto, pela diferença, a maior, de alíquotas, entre a que se aplica ao produto final e a que se aplica ao insumo.

OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL

A opção do contribuinte pela via judicial, para reivindicar supostos créditos do IPI, na aquisição de insumos desonerados desse imposto, implica a estrita observância do ter da decisão final, proferida pelo Poder Judiciário, decisão que, no caso, foi desfavorável ao contribuinte.

PRETENSÃO DE EFEITO PROSPECTIVO.

É descabida a pretensão de efeito prospectivo, referente à mudança da jurisprudência dos tribunais superiores, acerca dos créditos do IPI, nas aquisições de insumos desonerados do referido tributo, porque a referida pretensão foi rechaçada pelo próprio Poder Judiciário.

CRÉDITOS POR EXCLUSÃO DOS DESCONTOS INCONDICIONAIS.

Os descontos concedidos ao adquirente do produto, inclusive os incondicionais integram o valor da operação, não se excluindo da base de cálculo do IPI.

CRÉDITO-PRÊMIO DO IPI.

Exportações realizadas a partir de 1997 não dão direito ao direito ao crédito-prêmio do IPI, benefício extinto em 30 de junho de 1983, no entendimento da Fazenda Nacional.

CRÉDITOS DE INSUMOS INDIRETOS

Aquisições de produtos que não se enquadram nos conceitos de matérias prima, produto intermediário e material de embalagem e que, tampouco, se consomem no processo de industrialização, em decorrência de um contato físico, ou de uma ação diretamente exercida sobre o produto em fabricação, ou por esse diretamente sofrida, não geram crédito do IPI.

CLASSIFICAÇÃO FISCAL DOS PRODUTOS

I - Caixas térmicas, de plástico, classificam-se no código 3923.10.90 da TIPI, de 2002, sujeitas à alíquota de 15%.

II - Recipientes térmicos, lancheiras térmicas, canecos térmicos, porta-latas para cerveja e resfriador de cerveja, todos de

plástico, classificam-se no código 3926.90.90 da TIPI, de 2002, estando sujeitos à alíquota de 15%.

ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

A autoridade administrativa não é competente para examinar alegação de inconstitucionalidade da multa de ofício.

PEDIDO DE PERÍCIA.

E desnecessária a realização de perícia, tendente a responder quesitos a respeito de matéria já esclarecida nos autos.”

Inconformada com essa decisão, a recorrente interpôs recurso voluntário (fls. 2.096/2.215), requerendo: I) em preliminar, a sua nulidade sob os argumentos de: **I.a)** cerceamento do seu direito de defesa pelo fato de a autoridade julgadora de primeira instância ter indeferido a perícia solicitada, visando definir a correta classificação de seus produtos na TIPI; **I.b)** não reconhecimento da decadência do direito de a Fazenda constituir e exigir o crédito tributário referente ao período de competência de janeiro a novembro de 2002, defendendo a contagem do prazo quinquenal nos termos do CTN, art. 150, §4º; e, **I.3)** não apreciação da suscitada inconstitucionalidade da penalidade imposta (multa de ofício); e, **II)** no mérito, as mesmas alegações expendidas na impugnação, ou seja, o direito aos créditos do IPI glosados e exigidos no lançamento em discussão referentes: **II.a)** às diferenças do IPI entre as alíquotas incidente nas aquisições de insumos tributados à alíquota zero e/ ou a alíquotas inferiores à alíquota do IPI incidente sobre seu produto, em face dos princípios da não-cumulatividade e da seletividade deste imposto; **II.b)** aos créditos de IPI escriturados com base na ação judicial nº 2001.71.00.028153-8, tendo em vista que as esferas, judicial e administrativa, não se confundem e, nos termos da CF/1988, art. 5º, XXXIV e LV, tem direito de buscar seu direito em ambas as instâncias, visando se creditar de IPI como se devido fosse nas aquisições de insumos tributados à alíquota zero e/ ou isentos deste imposto; **II.c)** aos créditos do IPI oriundos da exclusão dos descontos incondicionais da base de cálculo deste imposto porque estes integram o valor da operação de venda e, conseqüentemente, a base de cálculo do imposto; **II.d)** ao crédito prêmio do IPI porque este ainda não está extinto, não se lhe aplicando o art. 41 do ADCT da CF/1988; **II.e)** aos apurados sobre insumos indiretos referentes a crédito extemporâneo porque todos os materiais e produtos utilizados no processo produtivo geram créditos; sendo ilegal e inconstitucional norma infralegal que restringe o conceito de “crédito básico” proveniente do princípio da não-cumulatividade, previsto no CTN e na Carta Magna; **III)** contestou a classificação fiscal de seus produtos adotada pelo autuante, defendendo a posição 39.24 sob o argumento de que possuem natureza térmica, servindo para manter o frio ou o calor do líquido de consumo humano; são equiparados a produtos de mesa ou de cozinha, assim, a classificação correta é na posição 39.24 e não nas posições 39.23.10.90 e/ ou 39.26.90.90 adotadas pelo autuante; **IV)** discorreu sobre a mudança da jurisprudência dos tribunais superiores e do efeito prospectivo, em relação ao creditamento de IPI referente a aquisições desoneradas por este imposto; assim, em face do princípio da segurança jurídica, tem o direito de manter os créditos, tendo em vista que a modificação na jurisprudência somente produz efeitos a partir da data da alteração do entendimento do STJ e do STF; **V)** expendeu também extenso arrazoado sobre o efeito prospectivo em relação à multa de 75,0 %, requerendo sua exclusão; **VI)** contestou a aplicação da multa, sob o argumento de que o lançamento efetuado com base no art. 90 da MP nº 2.158-35, de 24/08/2001, não contempla o lançamento de penalidade, limitando-a a hipótese prevista no art. 18 desta mesma MP, aplicando, inclusive, o disposto no CTN, art. 103. II, “c”; e, **VII)** suscitou a inconstitucionalidade da multa aplicada por afrontar a CF/1988, art. 150, IV.

Posteriormente, a recorrente protocolou neste Conselho, em 24/02/2010, o requerimento às fls. 2.217, desistindo de forma parcial do recurso voluntário e declarando que renuncia a quaisquer alegações de direito sobre as quais o fundamentou, em relação às parcelas lançadas e exigidas para os períodos de apuração de 10/2004 e 12/2004, no total de R\$572.966,58.

Em 10/05/2011, apresentou novo requerimento, às fls. 2.246/2.248, desistindo de mais uma parte do crédito tributário em discussão, renunciando a quaisquer alegações de direito expendidas no recurso voluntário contra sua exigência, abrangendo períodos de competência de 01-01/2003 a 02-12/2004, no total de R\$981.524,40.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Adão Vitorino de Moraes

O recurso apresentado atende aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. Assim, dele conheço.

I - Preliminares

A recorrente suscitou em preliminar a nulidade da decisão recorrida sob o argumento de cerceamento do seu direito de defesa pelo fato de a autoridade julgadora de primeira instância: a) ter indeferido a perícia solicitada; b) não ter reconhecido a decadência do direito de a Fazenda constituir e exigir parte do crédito tributário; e, c) por não ter apreciado a inconstitucionalidade da penalidade aplicada.

O Decreto nº 70.235, de 06/03/1972, art. 59, inciso II, assim dispõe quanto à nulidade de decisões:

Art. 59 - São nulos:

(...);

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

Ao contrário do entendimento da recorrente, o indeferimento do pedido de perícia e a não apreciação de inconstitucionalidade da penalidade imposta, de fato inconstitucionalidade da lei que fundamenta sua aplicação, não a impediram de exercer seu direito de defesa nesta fase recursal.

Tanto é verdade que apresentou extenso recurso voluntário composto de 119 (cento e dezenove) laudas contestando cada uma das matérias julgadas em primeira instância.

Além disto, o referido Decreto assim dispõe em relação à perícia:

“Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no art. 28, in fine.

Art. 28. Na decisão em que for julgada questão preliminar será também julgado o mérito, salvo quando incompatíveis, e dela constará o indeferimento fundamentado do pedido de diligência ou perícia, se for o caso.”

Conforme consta da decisão recorrida, a autoridade julgadora de primeira instância fundamentou o indeferimento da perícia solicitada sob o argumento de que os quesitos elencados estão esclarecidos nos autos.

No presente caso, cabe, ainda, ressaltar que a apreciação e julgamento do pedido de perícia oposta nesta fase recursal ficaram prejudicados, porque a recorrente desistiu do recurso voluntário, quanto ao crédito tributário decorrente da classificação fiscal de seus produtos, adotada pelo autuante, renunciando a quaisquer alegações de direito em que o fundamentou, conforme prova o requerimento às fls. 2.246/2.248.

Dessa forma, não há que se cogitar da nulidade da decisão recorrida.

II – Mérito.

No mérito, as matérias envolvem: II.a) decadência; II.b) classificação fiscal; II.c) glosas de créditos de IPI escriturados indevidamente; II.d) efeito prospectivo; e, II.e) inconstitucionalidade da multa de ofício.

II.a) decadência

A recorrente suscitou a decadência a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir a parte do crédito tributário correspondente aos fatos geradores ocorridos no período de competência de janeiro de 2002 a novembro de 2002, adotando-se a contagem do prazo quinquenal nos termos do CTN, art. 150, §4º.

Ora do exame da decisão recorrida, verifica-se que a autoridade julgadora de primeira instância reconheceu a decadência suscitada e determinou o cancelamento das parcelas lançadas e exigidas para o período de competência de janeiro de 2002 a março de 2002. Para o período de abril de 2002 a novembro de 2002, não houve lançamento algum.

Assim, demonstrado que a suscitada decadência já reconhecida em primeira instância, sua apreciação nesta fase ficou prejudicada.

II.b) classificação fiscal

Em face da classificação adotada pela recorrente, nos anos-calendário de 2003 e 2004, foram apuradas diferenças, no valor de R\$981.524,38 (principal), além das cominações legais juros de mora e multa de ofício.

A apreciação e julgamento, nesta fase recursal, das questões de mérito opostas contra aquela matéria, ou seja, a classificação fiscal adotada pelo autuante para apurar diferenças lançadas e exigidas, ficaram prejudicados, tendo em vista que, depois de interposto o recurso voluntário, a recorrente protocolou, em 10/05/2011, o requerimento, às fls.

2.246/2.248, desistindo parcialmente do recurso, quanto à parte do crédito tributário decorrente da classificação equivocada, adotada por ela, naquele período.

Conforme demonstrado nos autos, mais especificamente no Termo de Encerramento de Ação Fiscal, às fls. 1.880/1.897, item 8 – DA CLASSIFICAÇÃO DE PRODUTOS, parte integrante do auto de infração, as diferenças lançadas, apuradas com base na relação de notas fiscais de saídas constantes das fls. 1.118/1.805 e o valor do IPI lançado em cada período às fls. 1.809/1.813, decorrente da classificação equivocada, adotada pela recorrente, totalizaram R\$981.524,38, que correspondem exatamente ao valor total das parcelas discriminadas no demonstrativo inserido no requerimento, às fls. 2.246/2.248, em que desistiu do recurso, quanto à parte do crédito tributário, relativa àquela infração, e renunciou a quaisquer alegações de direito sobre as quais o fundamentou.

Dessa forma, a exigência das diferenças lançadas e exigidas, em decorrência da classificação equivocada, adotada pela recorrente, R\$981.524,38 (principal), tornou-se definitiva na esfera administrativa.

II.c) glosas de créditos de IPI escriturados indevidamente

II.c.1) de insumos indiretos/créditos extemporâneos

Também, em relação a esta matéria, a apreciação e julgamento, nesta fase recursal, ficaram prejudicados pelo mesmo motivo do item anterior, ou seja, pela desistência do recurso, quanto ao crédito tributário lançado e exigido em decorrência da glosa dos créditos escriturados sobre insumos indiretos.

Depois de apresentado o recurso voluntário, a recorrente protocolo, em 24/02/2010, o requerimento às fls. 2.217, desistindo do recurso voluntário, quanto ao crédito tributário (principal), no valor de R\$572.966,58, que corresponde exatamente ao valor lançado e exigido em decorrência do aproveitamento indevido de créditos sobre insumos indiretos, conforme valor constante do Termo de Encerramento de Ação Fiscal, às fls. 1.880/1.897, item 7 – DA ANÁLISE DOS CRÉDITOS DE IPI ESCRITURADOS COM BASE LEGAL INFORMADO COMO – Insumos Indiretos/Crédito Extemporâneo.

Assim, a exigência da glosa dos créditos escriturados indevidamente e apurados sobre insumos indiretos/créditos extemporâneos, no valor de R\$572.966,58 (principal) tornou-se definitiva na instância administrativa.

II.c.2) discutidos judicialmente

Foram glosados e exigidos no lançamento em discussão créditos de IPI sobre aquisições desoneradas, no valor de R\$512.689,20 (principal), cujo direito foi objeto de discussão judicial nos autos do processo nº 2001.71.00.028153-8, cuja decisão transitada em julgado foi desfavorável à recorrente.

Ora, a opção da recorrente pela via judicial para discutir esta mesma matéria implicou renúncia à instância administrativa.

Trata-se de matéria já sumulada por este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf), nos termos da Súmula nº 1 que assim dispõe.

“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.”

Dessa forma, dando cumprimento à decisão judicial, correta a exigência do crédito decorrente da glosa dos créditos em discussão judicial, no valor de R\$512.689,20 (principal), conforme consta do Termo de Encerramento de Ação Fiscal, às fls. 1.880/1.1897, item 4 – DA ANÁLISE DOS CRÉDITOS DE IPI ESCRITURADOS COM BASE NA AÇÃO JUDICIAL Nº 2001.71.00.028153-8 –

II.c.3) de crédito prêmio (glosa)

O crédito lançado e exigido correspondente à glosa do crédito prêmio do IPI foi de R\$12.355.960,32 (principal).

Em que pese o extenso arrazoado apresentado pela recorrente contra esta glosa e o respectivo lançamento, por tratar-se de matéria já julgada e reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) como de repercussão geral, em face do disposto no art. 62-A do Regimento Interno do Carf, deve-se adotar, para este caso, a decisão daquela Corte, no RE 561.485, em que decidiu que o crédito prêmio vigorou somente até 05 de outubro de 1990, a teor do disposto no art. 41, §1º, do ADCT da CF/1988.

No julgamento dos REs 561.485 e 577.348, sob o regime do art. 543-C da Lei nº 8.869, de 11/01/1973 (CPC), o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu que o crédito-prêmio do IPI vigorou até 05/10/1990, sob as seguintes ementas:

RE/56148:

“EMENTA: TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. CRÉDITO-PRÊMIO. DECRETO-LEI 491/1969 (ART. 1º). ADCT, ART. 41, § 1º. INCENTIVO FISCAL DE NATUREZA SETORIAL. NECESSIDADE DE CONFIRMAÇÃO POR LEI SUPERVENIENTE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRAZO DE DOIS ANOS. EXTINÇÃO DO BENEFÍCIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E DESPROVIDO. I - O crédito-prêmio de IPI constitui um incentivo fiscal de natureza setorial de que trata o do art. 41, caput, do Ato das Disposições Transitórias da Constituição. II - Como o crédito-prêmio de IPI não foi confirmado por lei superveniente no prazo de dois anos, após a publicação da Constituição Federal de 1988, segundo dispõe o § 1º do art. 41 do ADCT, deixou ele de existir. III - O incentivo fiscal instituído pelo art. 1º do Decreto-Lei 491, de 5 de março de 1969, deixou de vigorar em 5 de outubro de 1990, por força do disposto no § 1º do art. 41 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, tendo em vista sua natureza setorial. IV - Recurso conhecido e desprovido.”

RE/577348

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. IPI. CRÉDITO-PRÊMIO. DECRETO-LEI 491/69 (ART. 1º). VIGÊNCIA. PRAZO. EXTINÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.”

O Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Ricarf), art. 62-A, determina a adoção, em seus julgados, das decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e pelo Superior Tribunal de Justiça, assim dispondo:

“Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

(...).”

Assim, correta a glosa dos créditos de IPI decorrentes da escrituração de crédito prêmio do IPI, no valor de R\$12.355.960,32 (principal), conforme consta do Termo de Encerramento de Ação Fiscal, às fls. 1.880/1.1897, item 6 – DA ANÁLISE DOS CRÉDITOS DE IPI ESCRITURADOS COM A BASE LEGAL INFORMADA COMO – IPI – Imposto sobre Produtos Industrializados – Crédito-Prêmio de IPI, e sua exigência por deste lançamento.

II.c.4) da exclusão de descontos incondicionais da base de cálculo do IPI

Conforme demonstrado na decisão recorrida, no caso do IPI, inexistente amparo legal para se excluir de sua base de cálculo os valores referentes a descontos incondicionais.

O Regulamento do Imposto sobre Produtos Industrializados (RIPI) de 2002, que fundamenta o lançamento em discussão veda expressamente tal crédito, assim dispondo:

“Art. 131. Salvo disposição em contrário deste Regulamento, constitui valor tributável:

(...);

II - dos produtos nacionais, o valor total da operação de que decorrer a saída do estabelecimento industrial ou equiparado a industrial (Lei nº 4.502, de 1964, art. 14, inciso II, e Lei nº 7.798, de 1989, art. 15).

(...).

§ 3º Não podem ser deduzidos do valor da operação os descontos, diferenças ou abatimentos, concedidos a qualquer título, ainda que incondicionalmente (Lei nº 4.502, de 1964, art. 14, § 2º, Decreto-lei nº 1.593, de 1977, art. 27, e Lei nº 7.798, de 1989, art. 15).” (destaque não-original)

Dessa forma, correta a glosa dos créditos escriturados decorrentes da exclusão da base de cálculo do IPI dos descontos incondicionais, no valor de R\$632.574,90 (principal), conforme consta do Termo de Encerramento de Ação Fiscal, às fls. 1.880/1.1897, item 5 – DA ANÁLISE DOS CRÉDITOS DE IPI ESCRITURADOS COM A BASE LEGAL INFORMADA COMO – Descontos Incondicionais – Exclusão da base de cálculo, e sua exigência neste processo.

II.c.5) de diferenças de alíquotas

Foram também glosados e lançados os créditos decorrentes de diferenças de alíquotas sobre as aquisições de matérias primas, produtos intermediários, material de embalagens e outras aquisições, inclusive os tributados à alíquota zero, e a alíquota do produto fabricado e vendido pela recorrente.

Ao contrário do entendimento da recorrente, inexistente amparo legal para se creditar de IPI como se devido fosse por conta de diferenças de alíquotas incidentes sobre as aquisições referidas no parágrafo anterior e a alíquota incidente sobre o produto fabricado e vendido.

Por esta tese, caso o contribuinte adquirisse insumos com alíquotas superiores à incidente no seu produto final, teria que recolher à diferença aos cofres da Fazenda Pública.

O IPI está sujeito ao princípio constitucional da não-cumulatividade, assim o industrial tem o direito de se creditar do imposto pago nas aquisições de insumos, inclusive material de embalagem, para deduzi-lo do imposto devido sobre o produto fabricado e vendido, conforme estabelece o RIPI/2002:

“Art. 164. Os estabelecimentos industriais, e os que lhes são equiparados, poderão creditar-se (Lei nº 4.502, de 1964, art. 25):

I - do imposto relativo a MP, PI e ME , adquiridos para emprego na industrialização de produtos tributados, incluindo-se, entre as matérias-primas e produtos intermediários, aqueles que, embora não se integrando ao novo produto, forem consumidos no processo de industrialização, salvo se compreendidos entre os bens do ativo permanente;

II - do imposto relativo a MP, PI e ME , quando remetidos a terceiros para industrialização sob encomenda, sem transitar pelo estabelecimento adquirente;

III - do imposto relativo a MP, PI e ME, recebidos de terceiros para industrialização de produtos por encomenda, quando estiver destacado ou indicado na nota fiscal;

IV - do imposto destacado em nota fiscal relativa a produtos industrializados por encomenda, recebidos do estabelecimento que os industrializou, em operação que dê direito ao crédito;

V - do imposto pago no desembaraço aduaneiro;

VI - do imposto mencionado na nota fiscal que acompanhar produtos de procedência estrangeira, diretamente da repartição que os liberou, para estabelecimento, mesmo exclusivamente varejista, do próprio importador;

VII - do imposto relativo a bens de produção recebidos por comerciantes equiparados a industrial;

VIII - do imposto relativo aos produtos recebidos pelos estabelecimentos equiparados a industrial que, na saída destes, estejam sujeitos ao imposto, nos demais casos não compreendidos nos incisos V a VII;

IX - do imposto pago sobre produtos adquiridos com imunidade, isenção ou suspensão quando descumprida a condição, em operação que dê direito ao crédito; e

X - do imposto destacado nas notas fiscais relativas a entregas ou transferências simbólicas do produto, permitidas neste Regulamento.

Parágrafo único. Nas remessas de produtos para armazém-geral e depósito fechado, o direito ao crédito do imposto, quando admitido, é do estabelecimento depositante.”

De acordo com este dispositivo legal, o estabelecimento industrial somente pode creditar do imposto destacado na nota fiscal e pago. Inexiste amparo legal para se creditar de imposto não destacado na nota fiscal e que não foi pago. O fato de as alíquotas incidentes nas aquisições serem inferiores à alíquota pela qual o produto industrializado é tributado não gera um crédito fictício passível de escrituração e dedução do imposto, assim como, ao contrário, se a as alíquotas incidentes sobre as aquisições forem superiores à alíquota do produto fabricado não obriga o contribuinte a pagar a diferença ao Fisco.

A legislação do IPI somente permite o aproveitamento de créditos do IPI efetivamente destacado nas notas fiscais de aquisição e cujo ônus do industrial adquirente, inexistente amparo legal para se “fabricar” créditos correspondentes a diferenças de alíquotas incidentes sobre as aquisições e alíquota incidente sobre o produto industrializado.

Assim, correta a glosa dos créditos de IPI escriturados, decorrentes de diferenças de alíquotas entre as aquisições e a alíquota do produto industrializado, no R\$3.741.713,86 (principal), conforme consta do Termo de Encerramento de Ação Fiscal, às fls. 1.880/1.897, item 3 – DA ANÁLISE DOS CRÉDITOS DE IPI ESCRITURADOS COM A BASE LEGAL INFORMADA COMO – IPI – Créditos dos Insumos adquiridos com alíquotas inferiores ao produto final, e sua exigência neste processo.

II.d) efeito prospectivo

A apreciação e julgamento das alegações quanto à aplicação do efeito prospectivo de decisão do Supremo Tribunal Federal que havia reconhecido o direito de os contribuintes se creditarem do IPI sobre insumos desonerados deste imposto e cujo entendimento já foi modificado por decisão posterior, inclusive com repercussão geral, ficaram prejudicados, em face de a recorrente ter submetido tal matéria ao Poder Judiciário que decidiu contrariamente à pretensão dela, no RE nº 494.005-1/RS, nos termos da decisão às fls. 1.886 e 1.887.

II.e) multa de ofício.

Em relação à multa lançada e exigida, ao contrário do entendimento da recorrente, não se trata de multa isolada lançada e exigida com fundamento no art. 18 da Lei nº 10.833, de 29/12/2003, c/ a redação dada pelo art. 18 da Lei nº 11.488, de 15/06/2004, e sim de multa de ofício por falta de declaração e pagamento do IPI devido, com fundamento na Lei nº 4.502, de 30/11/1964, art. 80, c/ a redação dada pelo art. 13 da Lei nº 11.488, de 15/06/2007, que assim dispõe:

Documento disponível somente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 18/05/2012 por JOSE ADAO VITORINO DE MORAIS, Assinado digitalmente em 18

/05/2012 por JOSE ADAO VITORINO DE MORAIS, Assinado digitalmente em 23/05/2012 por RODRIGO DA COSTA

POSSAS

Impresso em 16/07/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

“Art. 80. A falta de lançamento do valor, total ou parcial, do imposto sobre produtos industrializados na respectiva nota fiscal ou a falta de recolhimento do imposto lançado sujeitará o contribuinte à multa de ofício de 75% (setenta e cinco por cento) do valor do imposto que deixou de ser lançado ou recolhido. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007) (Vide Decreto nº 7.212, de 2010)

(...).

§ 9º. Aplica-se à multa de que trata este artigo o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 11.488, de 2007).”

A multa no lançamento de ofício tem como objetivo punir o sujeito passivo pela prática de infrações tributárias (falta de lançamento, de declaração e de pagamento da contribuição). Não há amparo, no âmbito administrativo, para reduzir ou altear, por critérios meramente subjetivos, o percentual fixado em lei.

Considerações sobre a graduação da penalidade, no caso, não se encontram sob a discricionariedade da autoridade administrativa, uma vez definida objetivamente pela lei, não dando margem a conjecturas atinentes à ocorrência de efeito confiscatório.

Em face do exposto e de tudo o mais que dos autos consta, nego provimento ao recurso voluntário.

(Assinado Digitalmente).

José Adão Vitorino de Moraes - Relator