



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

Processo nº 11444.001600/2010-72
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3202-000.648 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de fevereiro de 2013
Matéria IPI
Recorrente MANFRIM INDUSTRIAL E COMERCIAL LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2009

DECADÊNCIA.

Nos termos do artigo 62-A do Regimento Interno do CARF, 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.

No presente caso, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento realizado na sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil, entendeu que o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos termos do inciso I do artigo 173 do CTN, e não de acordo com o § 4º do artigo 150, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito.

NULIDADE. AUTO DE INFRAÇÃO. MEDIDA JUDICIAL ANTERIOR. SÚMULA 48 DO CARF.

Conforme a Súmula CARF nº 48: *A suspensão da exigibilidade do crédito tributário por força de medida judicial não impede a lavratura de auto de infração.* Preliminar rejeitada.

PROPOSITURA DE AÇÃO JUDICIAL. RENÚNCIA. CONCOMITÂNCIA. SÚMULA 1 DO CARF.

Conforme a 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.

MATÉRIA NÃO EXPRESSAMENTE CONTESTADA.

É considerada não impugnada a matéria não expressamente contestada pela Recorrente, tornando-se indiscutível no processo administrativo fiscal, conforme artigo 17 do Decreto nº 70.235/72.

Recurso conhecido em parte. Na parte conhecida, recurso voluntário negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, conhecer em parte do recurso de voluntário e, na parte conhecida, negar-lhe provimento.

Irene Souza da Trindade Torres - Presidente

Gilberto de Castro Moreira Junior – Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Irene Souza da Trindade Torres, Gilberto de Castro Moreira Junior, Luís Eduardo Garrossino Barbieri, Charles Mayer de Castro Souza, Thiago Moura de Albuquerque Alves e Rodrigo Cardozo Miranda.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Ribeirão Preto, SP (DRJ/RPO), que manteve integralmente a exigência fiscal (fls. 535 a 541) em desfavor de MANFRIM INDUSTRIAL E COMERCIAL LTDA, ora Recorrente.

Para descrever os fatos, e também por economia processual, transcrevo o relatório constante do acórdão citado, *in verbis*:

“A empresa qualificada em epígrafe foi autuada para exigência de crédito tributário no valor total de R\$ 19.360.826,63 (principal e juros de mora), conforme auto de infração de fls. 02/46, em virtude de duas infrações:

- a) Ter deixado de destacar, escriturar e recolher o IPI incidente sobre as vendas de rações para cães e gatos para o mercado interno acondicionadas em embalagens de 10 kg, em decorrência de liminar obtida em ações judiciais – mandados de segurança. O Fisco argumentou que as sentenças prolatadas nos autos dos Mandados de Segurança n.ºs 2009.61.11.004211-0 encontram-se pendentes de julgamento referente à apelação interposta pela União, ou seja, ainda não transitaram em julgado;*
- b) Glosa de créditos básicos de IPI, relativos a produtos adquiridos da empresa Engeclean Prod. Químicos e Serviços Ltda – EPP, por não se enquadrarem no conceito de matéria prima, produto intermediário e material de embalagem.*

Regularmente cientificada, em 24/11/2010, conforme consta do auto de infração, a autuada apresentou impugnação, na qual, em síntese, fez as seguintes considerações:

- O crédito tributário em questão encontra-se suspenso em virtude de medida judicial. Estando o crédito com exigibilidade suspensa, não há que se falar em auto de infração, tão pouco em prazo para recurso. O único ato possível no presente caso seria uma notificação com a finalidade de interromper a decadência, sem prazo para recurso. As decisões proferidas nos mandados de segurança não deixam margem para este tipo de autuação, devendo o auto de infração ser declarado nulo;*
- Não cabimento do auto de infração em face dos mandados de segurança ajuizados que contém proibição expressa determinando que a autoridade fiscal não pratique qualquer ato tendente a exigir o IPI, representando os autos ofensa a ordem judicial;*
- Ilegalidade dos autos em face da única conduta possível ao fisco, em face das decisões judiciais, ser a notificação para interromper a decadência, com a respectiva constituição do crédito tributário;*
- Nulidade do auto de infração em face da autoridade fiscal ter usado o mesmo auto de infração para glosar créditos que são objetos das ações judiciais (com exigibilidade suspensa) e créditos que não estão com a exigibilidade suspensa (créditos adquiridos da empresa Engeclean Prod. Químicos e Serviços Ltda-EPP);*
- Da não observância do artigo 30 da Lei nº 70.235/72 frente a ação judicial proposta para reclassificar os produtos;*

- *O auto de infração foi lavrado em 18/11/10 e ocorreu a decadência de efetuar o lançamento em relação ao ano de 2005, conforme está disciplinado pelo § 4º do artigo 150 e 151 do CTN;*
- *O artigo 62 do Decreto nº 70.235/72 dispõe que durante a vigência de medida judicial que determinar a suspensão da cobrança do tributo, não será instaurado procedimento fiscal contra o sujeito passivo favorecido pela decisão, relativamente à matéria sobre que versar a ordem de suspensão. Não poderia, assim, a autoridade fiscal ter instaurado procedimento fiscal contra a requerente, pois na data de sua instauração, o crédito tributário em questão encontrava-se suspenso, em virtude de medida judicial, devendo o auto de infração ser declarado ilegal, por arbitrariedade e abuso de poder;*
- *Além de o auto de infração desrespeitar a sentença, o fiscal ainda abriu prazo para a interposição de recurso, o que demonstra uma aberração, pois a matéria debatida encontra-se sub judice e jamais poderia haver prazo para recurso. A jurisprudência do conselho é de que a semelhança da causa de pedir entre o mandado de segurança e o lançamento impede o prosseguimento do lançamento administrativo no tocante aos fundamentos idênticos, prevalecendo a solução do litígio por meio da solução judicial provocada – Concomitância;*
- *O Fisco não se ateve ao fato do laudo do Ministério da Agricultura demonstrar que o alimento fabricado é alimento completo para animais, devendo ser tributado a alíquota zero. O fisco não tem elementos para desqualificar a procedência do laudo.*

Por fim, solicitou que fossem acatadas as preliminares, declarando-se nulo o auto de infração ou a ilegalidade deste.”

Em sua decisão, a 8ª Turma da DRJ/RPO houve por bem manter integralmente o auto de infração através do acórdão nº 14-32.909, de 15 de março de 2011, cuja ementa foi assim formulada:

“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008, 2009

MATÉRIA DE FATO NÃO CONTESTADA.

A não contestação expressa das glosas apontadas na autuação pressupõe a concordância da impugnante e indica sua indiscutibilidade no âmbito do processo administrativo.

MANDADO DE SEGURANÇA. AUTO DE INFRAÇÃO. CABIMENTO.

A concessão de medida liminar ou sentença em mandado de segurança não exclui a obrigatoriedade do agente do Fisco de efetuar o lançamento.

Conforme prevê o CTN, art. 151, V, a liminar/tutela tem somente o efeito de suspender a exigibilidade do crédito tributário já formalizado ou em vias de formalização.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido”

Inconformada com a decisão, a Recorrente apresentou o presente recurso voluntário, objetivando sua reforma, alegando, em breve síntese, que:

- a) em observância ao artigo 150, § 4º, da Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966, do Código Tributário Nacional (CTN), alega a Recorrente que houve a decadência do direito de a fiscalização lançar o crédito tributário relativo ao IPI do ano-calendário de 2005, pois o auto de infração foi lavrado apenas em 18 de novembro de 2010;
- b) o auto de infração é nulo por ter desconsiderado decisão judicial anterior que proibiu qualquer medida no sentido de exigir o tributo, sendo certo que a fiscalização deveria ter efetuado apenas uma notificação para constituir o crédito tributário com o fim de impedir a ocorrência da decadência;
- c) a fiscalização também descumpriu ordem judicial ao abordar discussão submetida ao Poder Judiciário sobre a classificação de produtos industrializados pela Recorrente conforme a tabela TIPI, bem como contrariou o artigo 30 do Decreto nº 70.235 de 06 de março de 1972; e
- d) o mesmo auto de infração foi utilizado tanto para glosar créditos que, segundo o fisco, não deveriam ter sido tomados (oriundos de tributo sem a exigibilidade suspensa), como para constituir o crédito tributário relacionado àqueles que estão com a exigibilidade suspensa.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Gilberto de Castro Moreira Junior, Relator

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

Autenticado digitalmente em 19/03/2013 por GILBERTO DE CASTRO MOREIRA JUNIOR, Assinado digitalmente em 19/03/2013 por GILBERTO DE CASTRO MOREIRA JUNIOR, Assinado digitalmente em 25/03/2013 por IRENE S OUZA DA TRINIDADE TORRES

Impresso em 27/03/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

O recurso voluntário atende aos requisitos de admissibilidade, assim, dele tomo conhecimento.

1. Decadência

Preliminarmente, alega a Recorrente ter havido a decadência do direito de a Fazenda efetuar o lançamento do IPI referente ao ano de 2005, uma vez que, segundo o artigo 150, § 4º, do CTN, se a lei não fixar prazo diverso, a homologação se dará contados cinco anos a contar da data do fato gerador do tributo. Findo referido prazo sem pronunciamento da Fazenda Pública, considera-se tacitamente homologado o lançamento e extinto o crédito.

Argumenta que, como o auto de infração foi lavrado em 18 de novembro de 2010 (fls. 03), não poderia ter ocorrido o lançamento referente ao ano de 2005, visto que já havia se dado a homologação tácita com a consequente extinção do crédito tributário.

Razão não assiste à Recorrente, e a própria jurisprudência citada por ela em seu recurso voluntário corrobora nosso entendimento. Vejamos:

“TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. PRAZO QUINQUENAL. MANDADO DE SEGURANÇA. MEDIDA LIMINAR. SUSPENSÃO DO PRAZO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Nas exações cujo lançamento se faz por homologação, havendo pagamento antecipado, conta-se o prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN), que é de cinco anos.

2. Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN.

*3. A suspensão da exigibilidade do crédito tributário na via judicial impede o Fisco de praticar qualquer ato contra o contribuinte visando à cobrança de seu crédito, tais como inscrição em dívida, execução e penhora, **mas não impossibilita a Fazenda de proceder à regular constituição do crédito tributário para prevenir a decadência do direito de lançar.***

4. Embargos de divergência providos. (STJ, EREsp nº 572.603, Ministro Relator Castro Meira, j. 07/06/2005).” (g.n.)

Vê-se, pelo julgado acima, que haverá aplicação do artigo 150, § 4º em caso de lançamento por homologação **com** pagamento do tributo, o que acarretará a extinção do crédito tributário.

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça já se posicionou quanto à matéria na sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil, ou seja, através da análise dos chamados “*Recursos Repetitivos*”.

O precedente proferido tem a seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).

5. In casu, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação ex lege de pagamento

antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos impositivos ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.

6. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo.

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 973733/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/08/2009, DJe 18/09/2009)

Com isso, restou consolidado no âmbito do Egrégio Superior Tribunal o entendimento de que, nos casos de tributos cujo lançamento é por homologação e não há pagamento, o termo inicial do prazo decadencial é o previsto no inciso I, do artigo 173 do CTN, e não no § 4º do artigo 150 do mesmo Código.

O Regimento Interno do CARF, por sua vez, na redação dada recentemente pela Portaria MF nº 586, de 21/12/2010, tem os seguintes comandos nos seus artigos 62 e 62-A:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou

c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993.

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.

§ 1º Ficarão sobrestados os julgamentos dos recursos sempre que o STF também sobrestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543-B.}

§ 2º O sobrestamento de que trata o § 1º será feito de ofício pelo relator ou por provocação das partes.

Verifica-se, assim, que a referida decisão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça deve ser reproduzida pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Como no caso em questão não ocorreu o pagamento, o entendimento a ser adotado é o do inciso I do artigo 173 do CTN, devendo o prazo decadencial ser contado a partir do primeiro dia do exercício subsequente àquele no qual poderia ter havido o lançamento.

Conclui-se, portanto, que não houve a decadência alegada pela Recorrente.

Por último, e a título de argumentação, vale destacar que a supramencionada jurisprudência, trazida aos autos pela própria Recorrente, informa que o fato de estar suspensa a exigibilidade do crédito tributário pela via judicial não impede a fiscalização de proceder à constituição do crédito para prevenção da decadência do direito de lançar, ratificando o entendimento do acórdão recorrido.

2. Nulidade do Auto de Infração por ofensa à Ordem Judicial

Alega a Recorrente que, em razão da existência de dois mandados de segurança anteriores ao presente procedimento fiscal, nos quais obteve sentença favorável que a desonerou da carga tributária IPI, o auto de infração que deu origem a este procedimento jamais deveria ter sido lavrado, menos ainda deveria ter sido aberto prazo para recurso, cabendo à fiscalização apenas notificar a Recorrente da constituição do crédito tributário para prevenir a decadência.

Traz como fundamento da nulidade o que dispõem os artigos 9º, 11 e 62, todos do Decreto nº 70.235/72.

Vale transcrever trechos das referidas sentenças dos mandados de segurança impetrados pela Recorrente. Vejamos:

Mandado de Segurança nº 2009.61.11.004210-8 (fls. 150 a 157):

“(…) ISSO POSTO, julgo procedente o pedido da impetrante MANFRIM INDUSTRIAL E COMERCIAL LTDA. e concedo a segurança pleiteada para, reconhecendo que para os produtos “Special Dog”, “Dog Junior”, “Dog Gold”, “Special Dogs Vegetais”, “Special Cat Carne” e “Special Cat Mix” fabricados pela impetrante, o enquadramento correto na tabela do IPI é o código 2309.90.10, cuja alíquota aplicável é zero e, como consequência, declaro extinto o feito com a resolução do mérito, nos termos do artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil.”

Mandado de Segurança nº 2009.61.11.004211-0 (fls. 188 a 199):

*“(…) ISSO POSTO, julgo **procedente** o pedido da impetrante MANFRIM INDUSTRIA E COMERCIAL LTDA. e concedo a segurança pleiteada para, reconhecendo que para as rações para cães e gatos por ela produzidos:*

1º) que o produto acondicionado em embalagens superiores a 10 kg deve ser considerado como não-tributável, pois o IPI não incide sobre produtos com embalagens de peso superior a 10 kg, em especial as rações que estão descritas no Relatório completo de Produtos emitidos pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (SPECIAL DOG, DOG JUNIOR, DOG GOLD, SPECIAL DOG VEGETAIS, SPECIAL CAT CARNE e SPECIAL CAT MIX), pois a alteração introduzida pelo Decreto nº 89.241/83 no atual RIPI é indevida e não foi recepcionada pela Carta Política, determinando que a autoridade coatora que se abstenha de exigir outro percentual;

2º) declaro a inconstitucionalidade e a ilegalidade “incidenter tantum” das normas que oneram a impetrante, ou seja, do Decreto nº 89.241/83, bem como qualquer ato do Poder Executivo que confronte com o Decreto-lei nº 400/68; e

3º) determino que a autoridade coatora não pratique qualquer ato tendente a repetir os atos impugnados da impetrante neste mandado de segurança, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado da sentença.”

Da leitura das decisões acima expostas percebe-se que foi afastada da fiscalização a possibilidade de promover atos de cobrança (inscrição em dívida ativa, execução etc.), não havendo nada que limite o direito de a Fazenda constituir o crédito, direito este que se torna ainda mais relevante e urgente diante da possibilidade de ocorrer a decadência do tributo, dada a existência de suspensão da exigibilidade do crédito ora discutido.

Como é sabido, o crédito tributário se constitui pelo lançamento (artigo 142, CTN), o qual, por sua vez, é o procedimento administrativo que visa verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível. Para isto, o auto de infração é o procedimento adequado à constituição do crédito

Neste sentido, dispõe os artigos 9º e 11, ambos do Decreto nº 70.235/72, os quais foram invocados pela Recorrente como fundamento da nulidade do auto de infração:

Art. 9º A exigência do crédito tributário e a aplicação de penalidade isolada serão formalizados em autos de infração ou notificações de lançamento, distintos para cada tributo ou penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito.

(…)

*Art. 11. A notificação de lançamento será expedida pelo órgão que **administra o tributo e conterà obrigatoriamente:***

I - a qualificação do notificado;

II - o valor do crédito tributário e o prazo para recolhimento ou impugnação;

III - a disposição legal infringida, se for o caso;

IV - a assinatura do chefe do órgão expedidor ou de outro servidor autorizado e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Parágrafo único. Prescinde de assinatura a notificação de lançamento emitida por processo eletrônico.”

Os artigos supracitados não se prestam a validar as alegações da Recorrente.

Informa o artigo 9º que, tanto o auto de infração, quanto a notificação de lançamento são meios hábeis à exigência do crédito tributário, trazendo o artigo 11 os elementos obrigatórios da notificação de lançamento, assim como o artigo 10 traz elementos obrigatórios para a confecção do auto de infração.

Não se depreende da leitura destes dispositivos qualquer impedimento à lavratura de auto de infração, e assim não poderia ser, tendo em vista que estes dispositivos dispõem sobre a **exigência** do crédito tributário (ato posterior ao seu lançamento), que é justamente o ato que a Recorrente quer combater, mas que nunca foi executado pela fiscalização, restando demonstrada certa confusão na argumentação da Recorrente.

Já no que concerne à aplicação do artigo 62, do Decreto nº 70.235/72, há de ser adotado o entendimento da DRJ/RPO quanto a sua interpretação.

Dispõe referido artigo que:

“Durante a vigência de medida judicial que determinar a suspensão da cobrança do tributo, não será instaurado procedimento fiscal contra o sujeito passivo favorecido pela decisão, relativamente, à matéria sobre que versar a ordem de suspensão.”

O procedimento fiscal a que se refere o artigo de lei é aquele destinado a cobrar do sujeito passivo o crédito tributário já lançado, o que não é o caso da Recorrente.

Nesse sentido, veja-se entendimento há muito sufragado por este Colegiado:

“Também quanto ao art. 62 do Decreto nº 70.235/72 engana-se a recorrente. O impedimento ali estabelecido é para que não ocorra procedimento fiscal de cobrança, em face de se encontrar o crédito tributário suspenso por medida judicial.

Tanto assim é que o art. 63 da Lei nº 9.430/96, a pretexto de afastar a multa de ofício, determina a constituição do crédito tributário (e o ato privativo da autoridade administrativa para tal fim é o auto de infração) para prevenção da decadência, nos casos dos créditos tributários que se encontrem amparados pelo inciso IV do art. 151 do CTN, ou seja, sub judice. (Segundo

Conselho de Contribuintes. Segunda Câmara. Acórdão nº 202-17.612, j. 24 de janeiro de 2007, Relatora Maria Cristina Roza da Costa).”

Desta feita, não se sustenta a alegação de nulidade do auto de infração por desrespeito ao disposto no artigo 62, do Decreto nº 70.235/72. Ainda, a corroborar este posicionamento está o artigo 63, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, a seguir transcrito:

“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 nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, não caberá lançamento de multa de ofício.”

Como podemos observar a constituição do crédito tributário previne a decadência quando aquele estiver com a exigibilidade suspensa na forma do artigo 151, incisos IV e V, do CTN.

Cumprе ressaltar que restou consignado no auto de infração a suspensão da exigibilidade do crédito tributário em decorrência das sentenças que favoreceram a Recorrente (fls. 02), contrariando todo o alegado pela Recorrente.

Por fim, insta salientar que já foi sumulado por este Órgão o seguinte entendimento:

“A suspensão da exigibilidade do crédito tributário por força de medida judicial não impede a lavratura de auto de infração” (Súmula nº 48 do CARF).

Sem fundamento também a indignação demonstrada pelo fato da Fiscalização abrir prazo para interposição de recurso, “impondo auto de infração”.

Não se trata, aqui, de ato discricionário da fiscalização que, simplesmente por querer dar ensejo a processo administrativo, decidiu abrir prazo para que o sujeito passivo recorresse.

A possibilidade de interposição de recurso deriva do direito constitucional ao contraditório, direito este que não se limita ao âmbito judicial, percorrendo também as vias administrativas.

Portanto não há dúvida de que o auto de infração é procedimento adequado à constituição do crédito, não resta assim caracterizada a nulidade, pelas razões acima expostas.

3. Ilegalidade do auto de infração pela inobservância do artigo 30 do Decreto nº 70.235/72 e pela existência de ação judicial sobre o tema. Concomitância.

A Recorrente demonstra inconformismo por ter sido lavrado auto de infração sobre produtos que, segundo entende, devem ser classificados na posição NCM/SH 2309.90.10 da TIPI, vez que tal assunto está sendo tratado na via judicial.

Ademais, alega manifesta ofensa ao artigo 30 do Decreto nº 70.235/72, pois a Fiscalização desconsiderou os laudos de análises técnicas emitidos pelo Ministério da Agricultura, os quais são idôneos para comprovar que o produto fabricado é “alimento completo para animais”, razão pela qual deveria ser tributado à alíquota zero. Reza o referido artigo 30 que:

“Os laudos ou pareceres do Laboratório Nacional de Análises, do Instituto Nacional de Tecnologia e de outros órgãos federais congêneres serão adotados nos aspectos técnicos de sua competência, salvo se comprovada a improcedência desses laudos ou pareceres.

§ 1º Não se considera como aspecto técnico a classificação fiscal de produtos.

(...)”

Como bem observado pela DRJ/RPO, os laudos de órgãos federais serão adotados nos aspectos técnicos de sua **competência**. Dessa forma, o laudo realizado pelo Ministério da Agricultura poderá dispor sobre a composição do produto fabricado, mas não poderá ser considerado no aspecto técnico da classificação fiscal deste produto (Inteligência do § 1º supramencionado).

De qualquer sorte, como alega a Recorrente, à vista de o debate sobre a classificação fiscal dos produtos por ela vendidos ter-se deslocado para o âmbito Judicial, descabe sua análise no âmbito administrativo, visto que, nos termos da Súmula nº 1 do CARF:

“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.”

Ademais, verifico que o mandado de segurança nº 2009.61.11.004210-8, cuja ordem foi concedida para que certos produtos fossem classificados na posição defendida pela Recorrente encontra-se pendente de julgamento no Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Em consulta ao extrato de andamento processual daquele Tribunal, vê-se que o processo judicial em pauta aguarda desfecho, estando na conclusão desde o dia 13 de novembro de 2012.

Isto posto, certo é que uma vez escolhida a via judicial para discussão de determinado assunto, implícita está a renúncia à via administrativa para a solução do mesmo tema, verificando-se a concomitância, o que não é admitido em um cenário de jurisdição una como o nosso.

Assim, não conheço desta parte e deixo de apreciar a matéria pelos motivos já alegados.

4. Nulidade por ter sido utilizado o mesmo auto de infração para tratar de créditos tributários de origens diferentes.

Alega a Recorrente que o fato de a fiscalização ter-se utilizado do mesmo auto de infração, tanto para glosar créditos indevidamente aproveitados, onde a suspensão da exigibilidade não se operava, quanto para constituir o crédito tributário relacionado aos débitos do imposto cuja **exigibilidade encontrava-se suspensa**, acarretaria nulidade do lançamento.

A fiscalização procedeu à glosa dos créditos de IPI que haviam sido tomados pela Recorrente devido à aquisição de materiais da empresa Engeclean Produtos Químicos e Serviços Ltda-EPP, por ter considerado que tais materiais não se enquadravam no conceito de matéria-prima, produtos intermediários e materiais de embalagem, no mesmo auto de infração em que constituiu o crédito tributário em virtude do não recolhimento do IPI incidente sobre as vendas de rações para cães e gatos no mercado interno, acondicionadas em embalagens de 10 kg.

No entanto, é certo que o § 1º, do artigo 9º, do Decreto nº. 70.235/72 permite que sejam objeto de um mesmo processo os autos de infração e as notificações de lançamento que disserem respeito ao mesmo sujeito passivo, desde que a comprovação dos ilícitos dependa dos mesmos elementos de prova. É sua redação:

“(…)

§ 1º Os autos de infração e as notificações de lançamento de que trata o caput deste artigo, formalizados em relação ao mesmo sujeito passivo, podem ser objeto de um único processo, quando a comprovação dos ilícitos depender dos mesmos elementos de prova.”

Tal dispositivo brinda o princípio da economia processual, promovendo a celeridade na formação e andamento do processo administrativo fiscal.

Os lançamentos efetuados dizem respeito ao mesmo tributo (IPI) e, não fosse a exigibilidade suspensa do crédito tributário relativo ao IPI não recolhido, abrangido pelas decisões judiciais favoráveis à Recorrente, poderia ter sido realizado um único lançamento para todo o crédito tributário, não havendo qualquer nulidade naqueles já efetuados.

Não bastasse o lançamento revestir-se de todas as formalidades prescritas pela lei, vê-se ainda que as glosas de IPI decorrentes de aquisições de materiais da empresa Engeclean Produtos Químicos e Serviços Ltda-EPP foram desmembrados para o processo administrativo fiscal nº 13831.000022/2011-08, conforme informação da unidade da Receita Federal do Brasil (RFB) em Ourinhos (fls. 653), vez que a matéria não foi expressamente contestada pela Recorrente, devendo, então, ser considerada não impugnada, conforme artigo 17 do Decreto nº 70.235/72:

“Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.”

Processo nº 11444.001600/2010-72
Acórdão n.º **3202-000.648**

S3-C2T2
Fl. 669

Assim, à vista de a Recorrente ter deixado de impugnar a glosa dos créditos de IPI do referido fornecedor, acompanho o entendimento plasmado na decisão recorrida de que a matéria referente a essa parte do lançamento deixou de ser contestada, precluindo o direito de fazê-lo.

Por todo o exposto, conheço em parte do recurso voluntário e, na parte conhecida, **NEGO PROVIMENTO**, mantendo a decisão *a quo* conforme razões aduzidas.

Gilberto de Castro Moreira Junior