



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

Processo nº 15889.000614/2007-03
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3402-002.209 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de setembro de 2013
Matéria IPI
Recorrente EUCATEX S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/05/2007

PEDIDO DE PARCELAMENTO. DESISTÊNCIA PARCIAL. PERDA DE OBJETO. NÃO CONHECIMENTO.

A opção do contribuinte a parcelamento após a lavratura do lançamento importa em desistência da discussão administrativa e renúncia ao direito sobre o qual se funda a defesa, impondo-se o não conhecimento do recurso nesta parte.

AÇÃO JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA DE OBJETO. RENÚNCIA À INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. SÚMULA Nº 1 DO CARF.

A matéria já suscitada perante o Poder Judiciário não pode ser apreciada na via administrativa.

DECADÊNCIA. TRIBUTOS SUJEITOS AO LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTAGEM DO PRAZO DECADENCIAL DE CINCO ANOS A PARTIR DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR QUANDO HÁ ANTECIPAÇÃO DE PAGAMENTO E A PARTIR DO 1º DIA DO ANO SEGUINTE AO FATO GERADOR QUANDO NÃO SE ANTECIPOU PAGAMENTO. PRECEDENTES DO STJ EM RECURSO REPETITIVO. APLICAÇÃO DO ART. 62-A, DO RI-CARF.

Tratando-se de tributo sujeito ao lançamento por homologação, o Poder Público dispõe do prazo de 05 (cinco) anos para constituir o crédito tributário pelo lançamento, contados do fato gerador, quando há antecipação de pagamento ou do 1º dia do ano seguinte ao fator gerador, quando não se antecipou pagamento, nos termos do art. 150, §4º, e do art. 173, I, do CTN. Aplicação do entendimento exarado pelo STJ, no Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 566.621, nos termos do art. 62-A, do RI-CARF.

PROCESSO ADMINISTRATIVO. CONFISSÃO DE DÍVIDA E CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO VIA PARCELAMENTO. AUTO DE INFRAÇÃO POSTERIOR. DESCABIMENTO. CANCELAMENTO.

Sendo o parcelamento uma forma de constituição válida do crédito tributário em favor da Administração, em que a Lei atribui o efeito de confissão de dívida, a lavratura de Auto de Infração posterior traduz-se em descabida duplicidade de lançamento, devendo ser afastados os lançamentos quanto aos valores comprovadamente inseridos no parcelamento.

RETIFICAÇÃO DE DCTF. PROCEDIMENTO FISCAL EM CURSO. ESPONTANEIDADE. INEXISTÊNCIA. CANCELAMENTO DO LANÇAMENTO SUBSEQUENTE. EXCLUSÃO DE MULTA. DESCABIMENTO.

Nos termos do art. 138, do CTN, estando o contribuinte sob procedimento fiscal, a posterior retificação de DCTF não caracteriza espontaneidade para fins de inviabilizar o subsequente lançamento tributário, bem como para que haja o afastamento da incidência da multa de ofício quanto aos valores contidos na retificadora.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. LANÇAMENTO POSTERIOR A DECISÃO JUDICIAL QUE CONSIDEROU DEVIDO O TRIBUTO. MULTA. ART. 63 E §2º, DA LEI Nº 9.430/96. INAPLICABILIDADE

Tratando-se de auto de infração lavrado após o transcurso dos 30 dias da publicação da decisão judicial que considerou devido o tributo, sem que o contribuinte efetuasse o recolhimento do tributo, torna-se inaplicável o disposto no § 2º do art. 63, da Lei n.º 9.430/96, sendo devida a multa de ofício em razão da infração de falta de recolhimento e seu retardamento culposos.

CRÉDITO PRESUMIDO DE IPI COMO RESSARCIMENTO DE PIS E COFINS. TRANSFERÊNCIA DE UM ESTABELECIMENTO PARA OUTRO SEM EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL. ESCRITURAÇÃO. GLOSA. LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO. FLEXIBILIZAÇÃO. PROVAS. AUSÊNCIA. DESCABIMENTO.

À míngua de provas robustas de que os créditos presumidos de IPI, escriturados pelo estabelecimento para o qual tenham sido transferidos de outro estabelecimento do contribuinte, não é possível cogitar em flexibilizar requisito legal para afastar exigência tributária fundada na respectiva glosa, devendo ser mantido o lançamento.

Recurso Parcialmente Conhecido.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer de parte do recurso referente aos períodos inseridos no parcelamento e quanto à matéria objeto de concomitância e, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial para cancelar o lançamento tributário relativo aos períodos de apuração de outubro de 2002 e preteritos, pela decadência; para determinar a exclusão dos valores que comprovadamente

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

Autenticado digitalmente em 23/05/2014 por FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D ECA, Assinado digitalmente em

m 23/05/2014 por FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D ECA, Assinado digitalmente em 02/06/2014 por JOAO CARL

OS CASSULI JUNIOR, Assinado digitalmente em 03/07/2014 por GILSON MACEDO ROSENBERG FILHO

Impresso em 25/07/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

tiverem sido inseridos no PAEX e ao mesmo tempo tenham sido objeto de constituição através do lançamento sob análise, mantidos os valores (principal, multa e juros) que não tenham sido inseridos no referido Parcelamento. E, pela maioria de votos, determinar que a multa moratória incida a partir do trigésimo dia após a decisão em sede de apelação, que cancelou a liminar. Vencidos João Carlos Cassuli Junior (relator) e Francisco Mauricio Rabelo de Albuquerque Silva. Designado conselheiro para redigir o voto vencedor Fernando Luiz da Gama D'Eça. Fez sustentação oral dr Eduardo Diamantino Bonfim e Silva OAB/SP 119083-^a

(assinado digitalmente)

Gilson Macedo Rosenberg Filho – Presidente substituto

(assinado digitalmente)

João Carlos Cassuli Junior – Relator

Fernando Luiz da Gama Lobo d'Eça

Redator designado

Participaram do julgamento os Conselheiros ... GILSON MACEDO ROSENBERG FILHO (Presidente Substituto), FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA, SILVIA DE BRITO OLIVEIRA, WINDERLEY MORAIS PEREIRA (Suplente), JOÃO CARLOS CASSULI JUNIOR, FRANCISCO MAURICIO RABELO DE ALBUQUERQUE SILVA, a fim de ser realizada a presente Sessão Ordinária. Ausente, justificadamente, a Conselheira Nayra Bastos Manatta.

Relatório

Versam os autos de lançamento tributário relativo ao Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, no valor total de R\$80.779.674,25 (oitenta milhões, setecentos e setenta e nove mil, seiscentos e setenta e quatro reais e vinte e cinco centavos), lavrado através de Auto de Infração que fundamenta-se em diferenças apuradas entre os valores devidos e aqueles declarados em suas DCTF e pagos, relativas aos períodos de apuração compreendidos entre 01 de janeiro de 2002 e 31 de maio de 2007.

Segundo Termo de Constatação Fiscal, o lançamento deveu-se ao fato de ter sido constatado que o sujeito passivo informou em DCTF e recolheu a menor o imposto, em virtude de ter escriturado indevidamente no Livro RAIFI créditos de terceiros, ou ainda, créditos calculados sobre a aquisição de insumos isentos, não tributados e alíquota zero, bem como crédito presumido para compensar PIS/COFINS de exportações, ora inserindo crédito no Livro RAIFI em desacordo com o escriturado no Livro Registro de Entradas, ora simplesmente informando na DCTF valor menor que o apurado no RAIFI.

Constou ainda do Auto de Infração que o sujeito passivo, após início da fiscalização, procedeu à retificações de diversas DCTF's, ajustando-as em parte às constatações procedidas pela autoridade lançadora, porém, sem terem sido acatadas em face da perda da espontaneidade por parte do contribuinte.

DA IMPUGNAÇÃO

Cientificado do Auto de Infração em 28/11/2007, conforme assinatura lançada no próprio documento, às fls. 05 – numeração em papel (fl. 06, ne.), o contribuinte apresentou Impugnação em 28/12/2007, opondo-se à autuação, através dos argumentos que por muito bem sintetizados pela DRJ/RPO, permito-me transcrever:

“1) os créditos lançados referem-se a pedidos de compensação de crédito com débito de terceiros, na qual o parágrafo 5º do artigo 74 da Lei nº 9.430/96 determina que ‘o prazo de homologação da compensação declarada pelo sujeito passivo será de 5 (cinco) anos, contado da data da entrega da declaração de compensação’. Sendo assim, os pedidos relativos aos tributos vencidos até 28/11/2002 foram atingidos pela prescrição, não podendo ser exigidos;

2) alega que quase um quarto dos valores lançados já estão em fase final de cobrança, na qual os débitos referentes ao ano-calendário 2003 estão inscritos em dívida ativa, através do processo administrativo nº 13873.000104/2007-71 instaurado para acompanhamento das citadas compensações informadas em DCTF, ocorrendo assim a dupla exigência. Também ocorre duplicidade de exação nos seguintes períodos:

2.1) 3º decêndio de janeiro de 2002, 1º decêndio de março de 2002, 2º decêndio de março de 2002, 3º decêndio de março de 2002, 3º decêndio de abril de 2002 e 1º decêndio de maio de 2002: através do processo administrativo nº 13401.000383/2004-87 os débitos encontram-se em fase final de cobrança, já que a empresa foi intimada a pagar os referidos débitos sob pena de inscrição em dívida ativa;

2.2) 1º decêndio de outubro de 2002 ao 3º decêndio de dezembro de 2002: uma parte referente ao lançamento encontra-se com a exigibilidade suspensa em razão de medida liminar concedida no processo judicial nº 98.0000768-7, outra parte foi incluída no pedido de adesão ao Parcelamento Excepcional - PAEX (pedido de adesão - fl. 854). Além disso, parcela do débito lançado referente ao 3º decêndio de novembro encontra-se em fase final de cobrança por decisão proferida em outro processo administrativo;

3) A maioria dos créditos exigidos foram constituídos com base na glosa de créditos que tiveram por fundamento o processo judicial nº 98.0000768-7, onde foi deferida medida liminar autorizando o crédito sobre aquisição de insumos isentos, não tributados e alíquota zero, portanto com exigibilidade suspensa. Assim, a multa de ofício não poderia ter sido lançada, conforme art. 63 da Lei 9.430/96, e a multa moratória somente poderá incidir a partir de 12 de janeiro de 2008, pois o acórdão que rejeitou os embargos declaratórios foi publicado 12 de dezembro de 2007;

4) Os créditos relativos ao 1º e 2º decêndios de janeiro de 2002 são originários de pedidos de compensação, e o processo administrativo nº 13873.000225/2002-17 foi instaurado com o fim específico de acompanhar tais pedidos;

5) Os créditos relativos aos decêndios de setembro de 2002 encontram-se com a exigibilidade suspensa em razão de concessão de medida liminar no processo nº 98.0000768-7. Além disso, os débitos do 2º e 3º decêndios encontram-se em processo de cobrança (fls.898/899);

6) Os créditos relativos a 1ª quinzena de janeiro de 2004 até a 2ª quinzena de março de 2004 são originados de glosas na escrita fiscal de créditos do IPI relativos ao PIS/COFINS incidentes sobre exportações gerados pelo estabelecimento matriz e transferidos para a filial. O fato da ausência de emissão da nota fiscal de transferência dos créditos, da matriz para a filial, não deve infirmar o direito ao crédito presumido, conforme posição já firmada pelo Conselho de Contribuintes no sentido que o descumprimento de uma obrigação formal não pode acarretar a perda do direito do contribuinte;

7) Da 2ª quinzena de maio de 2004 até dezembro de 2004, os créditos encontram-se com a exigibilidade suspensa em razão de concessão de medida liminar no processo nº 98.0000768-7;

8) De janeiro de 2005 a maio de 2007, uma vez concedida a medida liminar já mencionada, todo e qualquer produto adquirido pela impugnante, ainda que não tributado ou tributado à alíquota zero, gera direito ao crédito. Desta forma, é legítimo o crédito em sua escrita fiscal decorrente de aquisição de madeira bruta;

9) Requer ao final que seja acolhida a presente impugnação, cancelando-se o débito fiscal reclamado.”

DO JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

Em análise aos argumentos sustentados pelo sujeito passivo em sua defesa, a 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Ribeirão Preto (SP) (DRJ/CPS), houve por bem em considerar procedente o lançamento, proferindo o Acórdão nº. 14-18.398, ementado nos seguintes termos:

Assunto: Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/05/2007

TRIBUTO NÃO PAGO E NÃO DECLARADO. LANÇAMENTO.

Constatada a existência de tributo não pago e não espontaneamente declarado, correto o lançamento de ofício com os devidos acréscimos legais.

ATOS PRATICADOS APÓS O INÍCIO DO PROCEDIMENTO FISCAL - EXCLUSÃO DA ESPONTANEIDADE (ART. 138 DO CTN).

Para fins de lançamento e aplicação de penalidade somente podem ser considerados pela fiscalização os atos praticados antes do início do procedimento fiscal, pois a partir daí que o contribuinte tem sua espontaneidade excluída (art. 7º do Decreto n. 70.235/72 e art. 138 do CTN). A retificação de DCTF e a solicitação de inclusão no PAEX, uma vez efetuadas no curso de procedimento fiscal, não são hábeis para infirmar o Auto de Infração.

IPI. CRÉDITOS FICTOS. AQUISIÇÕES DESONERADAS DE INSUMOS. LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

O aproveitamento de valores a título de créditos fictos do imposto rende ensejo à glosa dos valores e à exigência do imposto não recolhido por meio de lançamento de ofício com os consectários a ele inerentes e sem a suspensão da exigibilidade, após a perda da concessão de liminar em ação autorizando seu aproveitamento.

GLOSA DE CRÉDITO. TRANSFERÊNCIA DE CRÉDITO. AUTONOMIA DOS ESTABELECIMENTOS.

O IPI é regido pelo princípio da autonomia dos estabelecimentos, e por consequência, é obrigação de cada estabelecimento comprovar a legitimidade dos créditos recebidos em transferência, subordinado ao preenchimento dos requisitos e condições determinados pela legislação tributária de regência.

IMPUGNAÇÃO DESTITUÍDA DE PROVAS.

A impugnação deverá ser instruída com os documentos que fundamentem as alegações do interessado.

Lançamento Procedente

Resumidamente, a DRJ/RPO afastou a preliminar de prescrição do direito de lançar relativamente aos períodos em que o contribuinte efetuou pedidos de compensação com créditos de terceiros, ao entendimento de que não se aplica referido preceito ao caso em análise. No mérito, afastou o argumento de impossibilidade de lançar valores constantes de

DCTF's retificadoras, assim como de exclusão dos valores constantes da adesão ao PAEX, ambos ao fundamento de que tais procedimentos foram adotados após o início do procedimento fiscal. No tocante à alegação de duplicidade de exação com valor supostamente inscrito em dívida ativa, do mesmo modo, por decorrer de débito constante de DCTF retificadora, não ensejaria o direito de não efetivar o lançamento; e, ainda, quanto a valores objeto de procedimentos de cobrança, manteve a exigência por constatar que tratar-se-iam de débitos objeto das DCTF's retificadoras, não coincidindo com os débitos lançados.

Quanto a ser, a empresa, detentora de liminar que suspenderia o crédito tributário, lhe autorizando a utilização dos créditos advindos de aquisições desonradas do IPI, a DRJ entendeu que já havia sido cassada a ordem judicial que suspendia a exigibilidade do crédito tributário quando da lavratura do lançamento, de modo a entender hígido tanto o lançamento quanto a multa de ofício aplicada. No tocante aos créditos presumidos de IPI como ressarcimento de PIS e COFINS transferidos da matriz para a filial, entendeu que a ausência de documento obrigatório registrando referido trânsito de créditos, impede seu uso pelo estabelecimento destinatário, pelo que manteve a exigência.

Finalmente, com relação a créditos de terceiros, utilizados para compensação de valores constantes do lançamento, e que estariam sendo objeto de cobrança em duplicidade (porque objeto de controle e cobrança nos processos próprios), a decisão entendeu referidos argumentos carentes de comprovação, mantendo, consequentemente, o crédito tributário.

COMPLEMENTO DE IMPUGNAÇÃO

Antes de tomar ciência do Acórdão prolatado pela DRJ/RPO, o sujeito passivo apresentou petição pela qual pretendeu complementar seu arrazoado, trazendo nova "Certidão de Objeto e Pé" relativa a processos judiciais, suscitando erro de fato no lançamento e reiterando os pontos já contidos na peça inicialmente apresentada.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

Cientificado do Acórdão da DRJ/RPO em 27/03/2008, conforme AR de fls. 1012 – numeração eletrônica, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário (fls. 1022 e seguintes) em 25/04/2008, no qual: a) solicita a apreciação dos elementos e argumentos contidos no seu "complemento de impugnação", já que teria sido apresentado antes da ciência da decisão recorrida; b) reitera a prescrição quanto a lançamentos de fatos ocorridos até outubro de 2002; c) pretende o cancelamento da exigência de valores inseridos no PAEX; d) reafirma que parte dos créditos utilizados, oriundos de terceiros, ou estão sendo objeto de cobrança em processos próprios, ou já foram pagos, conforme demonstrariam DARF's acostados; e) sustenta possuir direito de não sofrer autuação com exigibilidade, em face da vigência da liminar obtida judicialmente, e, consequentemente, não estando em mora, não lhe seria aplicável a multa de ofício ou os juros moratórios; e) afirma que tem direito aos créditos de IPI como ressarcimento de PIS e COFINS oriundos da matriz, já que a mera falta de emissão de Nota Fiscal não poderia lhe tolher seu direito, citando jurisprudência do Conselho de Contribuintes; f) discorre, ao final, sobre a composição dos créditos de IPI de cada período lançado, relacionando as supostas inconsistências que amparam seu pleito de cancelamento da exigência.

PRIMEIRA DILIGÊNCIA

Através da Resolução nº 204-00.682, em sessão de 03 de fevereiro de 2009, sob relatoria do Conselheiro Júlio César Alves Ramos, a 4ª Câmara do extinto Segundo Conselho de Contribuinte houve por bem converter o julgamento do recurso em diligência, solicitando esclarecimentos sobre a natureza, o objeto e o estágio atual dos Processos nºs. 13873.000225/2002-17, 13873.000145/2002-53, 13873.000368/2002-11, 13873.000366/2002-21 e 13873.000298/2002-09, que versariam sobre os créditos de terceiros pretensamente utilizados nas compensações levadas a cabo pelo contribuinte, focalizando se se tratariam de pedidos de compensação de débitos do sujeito passivo com créditos de terceiros, solicitando a juntada das decisões neles proferidas bem como que se aguardasse o deslinde final dos mesmos, ou se, tratando-se de autos de infração, que se esclarecesse se tratar-se-iam de IPI e quais os períodos lançados para que se possa aquilatar eventual duplicidade de exigência.

Através do Despacho de fl. 1.226 (ou fl. 1268 – ne.), a autoridade preparadora cumpriu parcialmente a diligência (exceto com relação do processo nº 13873.000.225/2002-17, cujos autos não teriam sido enviados pela Procuradoria Seccional da Fazenda Nacional em Bauru), para informar tratarem-se os processos de pedidos de compensações de crédito com débitos de terceiros; porém todos já com decisão contrária da DRJ/RPO, concluindo serem em duplicidade com os lançados nestes autos, informando, inclusive, a confecção de representação para o cancelamento das inscrições em Dívida Ativa.

Às folhas 1.227 a 1.229 (ou fl. 1.269 a 1.271 – ne.), a Recorrente apresentou petição de **“desistência parcial da impugnação ou do recurso interposto”**, para fins de adesão ao parcelamento de que trata a Lei nº 11.941/2009, arrolando os períodos e valores “originais” objeto do pleito de desistência (períodos de apuração compreendidos entre 02/07/2002 e 03/05/2007).

A autoridade preparadora, então, após acostar documentos que esclareceriam que os débitos oriundos do processo nº 13873.000.225/2002-17 encontrar-se-iam inscritos em dívida ativa e que teriam sido objeto de adesão ao parcelamento da Lei nº 11.941/2009, concluiu (Despacho de fls. 1.275 – ne.) estarem atendidas as solicitações contidas na Resolução nº 204-00.682, devolvendo o PAF ao Conselho.

SEGUNDA DILIGÊNCIA

Em sessão de 09 de dezembro de 2010 houve novamente a conversão do julgamento em diligência, sendo que através da Resolução nº 3402-00.122 foi solicitado que a autoridade preparadora esclarecesse se as decisões acostadas aos autos, relativas aos Processos administrativos versando sobre os pedidos de compensação de créditos com débitos de terceiros, seriam mesmo definitivas.

Através da promoção de folhas 1.272 e 1.273 (ou fl. 1.316 e 1.317 – ne.) foi esclarecido que as decisões prolatadas nos citados processos eram definitivas, assim como esclarecidas e reiteradas informações já defluentes da diligência anterior, retornando os autos ao Conselho para prosseguimento.

O sujeito passivo, através de petição juntada às folhas nº 1.285/88 (ou fl. 1.330/33 – ne), vem “esclarecer” que com relação aos períodos de apuração de 01.02.2003 (vencimento em 20.02.2003 e saldo originário de R \$ 51.000,00) e de 01.06.2003 à 01.12.2003, estes já são objeto da CDA nº 80.3.07.000.721-23, e que tais débitos já estariam incluídos no programa da Lei 11.941/09 por meio da PGFN, de modo que não seriam “parceláveis” no âmbito da RFB; bem como, em virtude de supostos problemas decorrentes do programa da RFB, seria necessário “alterar” os dados relativos aos valores inseridos do parcelamento da Lei nº 11.941/09. Em seguida, em nova petição (fl. 1.335 – ne.) o contribuinte informa que os valores relativos aos PA’s. 01.01.2002 a 01.05.2002 não teriam sido inseridos no

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

Autenticado digitalmente em 23/05/2014 por FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D ECA, Assinado digitalmente em 23/05/2014 por FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D ECA, Assinado digitalmente em 02/06/2014 por JOAO CARL OS CASSULI JUNIOR, Assinado digitalmente em 03/07/2014 por GILSON MACEDO ROSENBERG FILHO
Impresso em 25/07/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Processo nº 15889.000614/2007-03
Acórdão n.º **3402-002.209**

S3-C4T2
Fl. 1.389

Parcelamento, em virtude de entender estarem decaídos; reiterando, ainda, os termos da petição anterior.

Através do Despacho de Encaminhamento de fls. 1.363 (ne.), após esclarecimentos sobre solicitação interna de verificação de duplicidade de cobrança, o processo foi reencaminhado ao CARF, para prosseguimento.

DA DISTRIBUIÇÃO

Vieram os autos para relatoria, por meio de processo eletrônico, em 08 (oito) Volumes, acrescentados ainda de folhas eletronicamente geradas, numerados em conjunto até a folha 1.364 (mil, trezentos e sessenta e quatro – ne.), estando apto para análise desta Colenda 2ª Turma Ordinária, da 4ª Câmara, da 3ª Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro João Carlos Cassuli Junior, Relator.

O recurso atende aos pressupostos de admissibilidade e tempestividade, no entanto, em razão de esclarecimentos que adiante serão alinhados, dele tomo apenas conhecimento parcial.

Inicialmente ressalto que é importante delimitar a controvérsia contida nos autos, a fim de simplificar a análise a ser efetuada e o julgamento a ser adotado.

1. Pedido de desistência: não conhecimento de parte do recurso voluntário.

A superveniência de pedido de desistência a fim de aderir a programa de parcelamento instituído pela Lei nº 11.941/2009, importa em desistência do recurso, de modo que diante deste cenário, imperioso se faz observar ao que determina o artigo 78 do Regimento Interno desta Casa, *in verbis*:

Art. 78. Em qualquer fase processual o recorrente poderá desistir do recurso em tramitação.

§ 1º A desistência será manifestada em petição ou a termo nos autos do processo.

§ 2º O pedido de parcelamento, a confissão irretratável de dívida, a extinção sem ressalva do débito, por qualquer de suas modalidades, ou a propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda Nacional, de ação judicial com o mesmo objeto, importa a desistência do recurso.

§ 3º No caso de desistência, pedido de parcelamento, confissão irretratável de dívida e de extinção sem ressalva de débito, estará configurada renúncia ao direito sobre o qual se funda o recurso interposto pelo sujeito passivo, inclusive na hipótese de já ter ocorrido decisão favorável ao recorrente, descabendo recurso da Procuradoria da Fazenda Nacional por falta de interesse.

Logo, o fato do contribuinte ter pedido o parcelamento quanto aos períodos de apuração contidos no lançamento, e que portanto reconhece serem devidos em sua essência, implica, nos termos da regulamentação acima, em desistência de qualquer discussão que possa ter o sujeito passivo trazido aos autos quanto a tais períodos de apuração.

Constata-se, através das 02 petições acostadas aos autos, às folhas 1.330 a 1.338, que a Recorrente informa:

Que o período de apuração de 01.01.2002 à 01.05.2002, não foi indicado no parcelamento, em razão da decadência;

Que os períodos de apuração de 01.02.2003 (vencimento em 20.02.2003 e saldo originário de R\$ 51.000,00) e de 01.06.2003 à 01.12.2003, não serão incluídos no parcelamento, tendo em vista a inclusão na CDA nº 80.3.07.000.721-23, e

Que em razão da divergência de valores, faz-se necessária a alteração de indicação destes valores, previamente alocados na tabela pela SRFB, nos termos acima explicados.

Conforme bem esclarecido no “Despacho de Encaminhamento” de folhas 1.363, os pedidos declinados nas alíneas “b” e “c” acima, deverão ser objeto de procedimento de verificação interna da Administração, não interferindo no julgamento deste Recurso, para o que importa, apenas, que houvera desistência como consequência do pedido de parcelamento declinado pelo contribuinte.

Inclusive quanto aos débitos supostamente exigidos em duplicidade com aqueles alegadamente constantes da CDA nº. 80.3.07.000.721-23, na essência, o contribuinte concorda serem os mesmos devidos, sendo que compete à autoridade preparadora cotejar os débitos e valores lá exigidos com aqueles aqui lançados, levando a cabo a cobrança dos primeiros se coincidentes com estes. Porém, em termos de Direito que estaria contido no bojo do Recurso Voluntário, operou-se a desistência recursal, pelo parcelamento e pelo reconhecimento tácito de serem devidos tais valores.

Consequentemente, **não conheço do Recurso Voluntário** no que diz respeito aos valores lançados com relação aos períodos de apuração de 01.02.2003, e de 01.06.2003 a 01.12.2003, assim como daqueles relativos aos períodos de apuração dos 1º e 2º Dec.-02/2003; 1º, 2º e 3º Dec.-03/2003; 1º, 2º e 3º Dec.-04/2003; e 1º e 2º Dec.-05/2003.

2. Lançamento de créditos relativos a aquisições de insumos isentos, alíquota zero ou não tributados: Concomitância

Com relação ao suposto direito que afirma a Recorrente, em sua Impugnação de modo expresso, e de modo indireto, em seu Recurso Voluntário, ao proceder ao relacionamento entre os períodos lançados e as “justificativas” para que houvesse a Administração constatado as diferenças objeto do lançamento, redundando no pedido de que não se poderia efetiva o lançamento, pois que o contribuinte estaria protegido por liminar que lhe concedia o direito a escriturar créditos oriundos da aquisição de insumos isentos, com alíquota zero ou não tributados, tenho que o recurso igualmente não pode ser conhecido.

Nestes casos, quando o sujeito passivo opta pela via judicial para a discussão de matéria tributária, assume o efeito legal de renúncia a deflagrar o litígio nesta instância, nos termos do parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6.830/80.

Ratificando este entendimento, foi aprovado o enunciado de Súmula CARF nº 01, publicada no DOU de 22/12/2009, in verbis:

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.

Tem-se que igualmente referidos créditos tributários lançados como consequência do uso de tais créditos, foram inseridos no Parcelamento de que trata a Lei nº

11.941, de modo que importa renúncia ao recurso, redundando em impossibilidade de se conhecer de seus fundamentos, nos termos do art. 78, do RI-CARF, já citado.

Consequentemente, **não conheço do recurso** quanto a matéria de defesa que diga respeito ao suposto direito aos créditos oriundos das aquisições de insumos isentos, sujeitos a alíquota zero ou não tributados, que ampararia a escrituração levada a efeito pela Recorrente e, que, portanto, serviria para o cancelamento do lançamento tributário.

3. Delimitação da controvérsia:

Superados os aspectos que levam ao conhecimento parcial do Recurso Voluntário, mister focalizar as matérias que continuam em litígio nestes autos, sendo que do cotejo do processado administrativo constata-se pender de decisão os argumentos suscitados pela Recorrente quanto a decadência relativa aos períodos de apuração anteriores a 05 anos da ciência do lançamento; a impossibilidade de se proceder ao lançamento de valores que vieram a ser objeto de DCTF's retificadoras e de adesão ao PAEX (este último com relação aos PA's compreendidos entre o 2º Dec.-10/2002 e o 2º Dec.-02/2003); a pretensa impossibilidade de lançamento de valores cuja exigibilidade estaria suspensa por força de decisão judicial, e consequente exclusão de multa de ofício e juros de mora, para que incida multa de mora, quanto muito, a partir de 30 dias após a decisão que publicara a decisão dos embargos de declaração manejados pelo contribuinte contra a decisão que cassou a liminar de que era titular; e, por fim, o alegado direito do contribuinte aos créditos presumidos de IPI como ressarcimento de PIS/COFINS (4º Tri/2002 e 1º Tri/2003), transferidos da matriz à filial sem cumprimento de obrigações acessórias.

De pronto cumpre frisar que aqui se está conhecendo do conteúdo da petição e documentos que o contribuinte acostou após a prolação da decisão recorrida, naquilo que não inovar à impugnação apresentada, também para que seja realizado o primado da busca da verdade material, até porque, na essência, o referido documento, denominado pela Recorrente de "Complemento à Impugnação", não inovou (e nem poderia, a teor do art. 16, do Decreto nº 70.235/72), o litígio, que já estava instaurado nos autos. Assim, em termos gerais, na análise que aqui se procede, será contemplada a argumentação constante da referida petição, embora não de modo separado e direto a ela, já que não é uma obrigatoriedade do julgador que assim proceda, revisando-se "a lide" como um todo.

Focalizados, assim, as matérias conhecidas e os pontos em litígio, passo a abordagem de cada qual, de per si, nos seguintes termos.

4. Decadência do Direito de Constituir o Crédito Tributário pelo Lançamento:

Inicialmente, cumpre a este Colegiado analisar a questão da decadência do lançamento efetuado, uma vez que a leitura dos autos demonstra que a autuação é referente a diferenças de recolhimento relativas aos períodos de apuração compreendidos entre 01 de janeiro de 2002 e 31 de maio de 2007, cientificado ao sujeito passivo em 28/11/2007.

Considerando que está expresso no Termo de Constatação Fiscal que para todos os períodos de apuração, o contribuinte efetivava o registro de créditos que ocasionava um valor a pagar menor que o devido, e, que portanto, o lançamento é de *diferenças* entre os valores escriturados, declarados e os efetivamente devidos e pagos; tem-se que há nos autos prova de ter havido antecipação parcial do pagamento do tributo nos meses anteriores a novembro de 2002.

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

Autenticado digitalmente em 23/05/2014 por FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D ECA, Assinado digitalmente em 23/05/2014 por FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D ECA, Assinado digitalmente em 02/06/2014 por JOAO CARL OS CASSULI JUNIOR, Assinado digitalmente em 03/07/2014 por GILSON MACEDO ROSENBERG FILHO
Impresso em 25/07/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Nestes casos, o prazo de 05 anos para a Fazenda Pública efetuar o lançamento terá início, de acordo com o art. 150, §4º, do CTN, na data da ocorrência do fato gerador, de modo que para o 3º Decêndio do mês de outubro de 2002, a contagem iniciou-se em 01 de novembro do mesmo ano, extinguindo-se em 31/10/2007, e, consigo, extinguindo-se todos os períodos pretéritos.

Cabe ressaltar que esse entendimento é decorrência da aplicação da jurisprudência em vigor emanada do Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento pelo rito dos Recursos Repetitivos (art. 543-C, do CPC), a qual é expressa em frisar o prazo de 05 (cinco) anos começa a fluir do fato gerador, desde que tenha havido antecipação de pagamento, ainda que parcial, de tributo sujeito a lançamento por homologação, ou do primeiro dia do exercício seguinte ao fato gerador, para os casos em que não haja comprovação de antecipação de pagamento, de dolo, fraude ou simulação.

A teor do art. 62-A, do Regimento interno do CARF, cumpre transcrever a Ementa da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça:

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.

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).

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 de 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).

O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no art. 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 impositivo, 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).

In casu, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) obrigação ex lege de pagamento antecipado de contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne os 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.

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.

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

(REsp 973733 SC 2007/0176994-0. Rel. Min. Luiz Fux. Dt. Jul. 12/08/2009)

Por estarmos diante de exigência de IPI, cuja ocorrência do fato gerador se dá mensalmente (apurados e recolhidos por decêndios), tenho que os lançamentos relativos aos meses anteriores a outubro de 2002 (inclusive), poderiam ter sido lançados a partir de 01 de novembro de 2002, iniciando neste momento a contagem do prazo decadencial, de modo que o direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário pelo lançamento decaiu em 31.10.2007, estando, portanto, atingidos pela decadência.

Registre-se que no caso, de fato, não se aplica o §5º, do art. 74, da Lei nº 9.430/96, como por algumas vezes sugeriu a Recorrente, no sentido de entender que os valores constantes de pedidos de compensação de créditos de terceiros com débitos da contribuinte em questão, estariam tacitamente homologados, e, com isso, tais valores estariam extintos. Trata-se, pura e simplesmente, de aplicar o instituto da decadência do direito de constituir o crédito tributário pelo lançamento, segundo dicção do art. 150, §4º, do CTN, sem adentrar no mérito daqueles pedidos de compensação, pois que aqueles não estão sob julgamento neste processo, devendo ser julgados, cada qual, em seu respectivo processo administrativo.

Feitos os esclarecimentos necessários, ante o exposto, voto por prover o recurso na parte relativa a decadência, para determinar a exclusão deste lançamento tributário, dos valores relativos aos períodos de apuração pretéritos a outubro de 2002.

5. Lançamento de valores constantes de DCTF Retificadora e objeto de PAEX:

Desde a impugnação apresentada neste PAF, o sujeito passivo insiste que efetivou ajustes de valores constantes de suas DCTF's, através de retificações, e por conta

desta providência, não seria cabível proceder ao lançamento. Afirmar ainda, que procedeu à adesão ao Parcelamento denominado PAEX, na qual informa ter parcelado débitos relativos a períodos de apuração compreendidos entre o 2º Dec.-10/2002 e o 2º Dec.-02/2003 (fls. 151 – numeração em papel), razão pela qual igualmente não poderia ser objeto de posterior lançamento tributário.

Tanto a autoridade autuante quanto, posteriormente a DRJ, positivaram o lançamento ao entendimento de que o contribuinte, quanto levou a cabo as retificações em sua DCTF ou aderiu ao PAEX, não estava mais sob o manto da espontaneidade (art. 138, do CTN), vez que já submetido ao processo de fiscalização que culminara na lavratura do presente Auto de Infração, de modo que seria plenamente cabível o lançamento.

Tenho, no entanto, que aqui assiste razão, em parte, à Recorrente.

Efetivamente, quanto aos valores constantes de DCTF retificadoras, no caso em concreto, por estar efetivamente sob procedimento fiscal especificamente direcionado e apontado ao IPI, verifica-se que a espontaneidade está excluída, de modo que o lançamento era cabível de se operar, já que, efetivamente, era exigível por não aplicar-se o art. 138, do CTN, em guarida ao contribuinte. Isto porque, há vedação expressa à retificação da DCTF no curso de fiscalização.

No entanto, no que diz respeito aos valores que teriam sido inseridos pela Recorrente no PAEX, detalhados no mencionado documento de folhas 151 (np.), tenho que a mesma solução não seja aplicável, pois que no caso, efetivamente, houve lançamento tributário válido e eficaz, anterior ao lançamento que é objeto deste Auto de Infração.

Observe-se que o fato de estar em curso ação fiscal, que legalmente retira a espontaneidade do sujeito passivo (art. 138, do CTN), não impediu que o mesmo realizasse a confissão de dívida veiculando o parcelamento (PAEX), declarando-se devedor relativamente a valores relativos aos períodos de apuração compreendidos entre o 2º Dec.-10/2002 e o 2º Dec.-02/2003 (fls. 151 – numeração em papel). Não se sabe, porém, se a penalidade pecuniária que o sujeito passivo inseriu no parcelamento (antes dos descontos concedidos pelo programa), era da ordem de 75%, ou de 20%, assim como não se sabe se os valores efetivamente confessados, coincidem exatamente com os valores lançados.

Todavia, o fato de ter efetivado o parcelamento importa em lançamento tributário anterior, quanto aos valores confessados, bem como, importa em confissão de dívida, o que, tecnicamente, já permite à Administração exigir o crédito tributário em questão e, por consequência lógica, impede um segundo lançamento tendo por base os mesmos períodos e valores.

Nesta senda, é de se ressaltar que o pedido de parcelamento importa em confissão de dívida e enseja a *constituição* do crédito tributário para todos os efeitos, nos termos do art. 33, § 7º da Lei 8.212/91 e alterações, que se encontra assim redigido:

Art. 33. À Secretaria da Receita Federal do Brasil compete planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas à tributação, à fiscalização, à arrecadação, à cobrança e ao recolhimento das contribuições sociais previstas no parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições incidentes a título de substituição e das devidas a outras entidades e fundos. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

[...]

§ 7º O crédito da seguridade social é constituído por meio de notificação de lançamento, de auto de infração e de confissão de valores devidos e não recolhidos pelo contribuinte.- Grifei.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça o seguinte julgado:

TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - DECADÊNCIA - TERMO INICIAL E FINAL - PARCELAMENTO COM CONFISSÃO DE DÍVIDA - FORMA DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO - ART. 33, § 7º DA LEI 8.212/91.

1. A concessão de parcelamento com confissão de dívida constitui para todos os efeitos o crédito tributário, equivalendo às declarações tributárias contidas em GFIP, GIA, DCTF e instrumentos congêneres.

2. Crédito, cujo fato gerador ocorreu em 1995 e foi objeto de parcelamento em 2000, não se encontra decaído.

3. Recurso especial parcialmente provido

(1187995 DF 2010/0054868-1, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 08/06/2010, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/06/2010)

Logo, o que se verifica no caso em tela é que o próprio contribuinte por meio do auto-lançamento constituiu o crédito tributário no momento em que reconheceu como devido o débito de IPI, compreendidos nos períodos descritos no documento de folhas 151 (np.) e se comprometeu a pagá-lo mediante o parcelamento legalmente instituído. Assumiu, igualmente, o efeito de que, se eventualmente não viesse a honrar com o parcelamento, já submeter-se-ia diretamente à inscrição em dívida ativa para execução forçada de bens, sem precisar passar pela análise do “mérito” do débito, que se procederia no âmbito do processo administrativo tributário que aqui cuidamos.

Importante observar que o próprio Código Tributário Nacional em seu art. 156 estabelece como forma de extinção do crédito tributário o pagamento, ainda que este pagamento seja efetuado por meio de parcelamento até a extinção total do crédito, já constituído pelo próprio sujeito passivo. Desta feita, opera-se a suspensão do débito tributário até a quitação integral do valor parcelado pelo contribuinte, ou seja, a exigibilidade do crédito tributário fica obstada por um certo período de tempo em que o Poder Público não poderá exigir o crédito tributário (art. 151, II, do CTN), embora este já esteja definitivamente constituído.

Nesse sentido, destaca-se entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DCTF. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CONFISSÃO DO DÉBITO E PEDIDO DE PARCELAMENTO. INTERRUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. INADIMPLEMENTO. REINÍCIO DA CONTAGEM. AGRAVO NÃO PROVIDO.CONSTITUIÇÃO

1. A entrega da Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF tem por efeito constituir o crédito tributário, dando início à contagem do prazo prescricional para sua cobrança, se ainda não vencido.

2. É pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, "uma vez interrompido o prazo prescricional em razão da confissão do débito e pedido de seu parcelamento por força da suspensão da exigibilidade do crédito tributário, o prazo volta a fluir a partir da data do inadimplemento do parcelamento" (AgRg no Ag 1.222.267/SC, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, DJe 7/10/10).

3. Agravo regimental não provido."

(1037426 RS 2008/0049943-5, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 22/02/2011, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/03/2011)

No entanto, observo que referido entendimento não o foi aplicado ao processo em análise, na medida em que embora o Recorrente tenha aderido ao programa PAEX e estivesse devidamente constituído o crédito tributário pelo "autolancamento", ainda assim houvera a lavratura de Auto de Infração em data posterior à adesão ao parcelamento, colhendo valores em duplicidade. Ou seja, houvera um segundo lançamento tributário sobre o mesmo período e/ou valores, em nítido "bis in idem".

Nesse caso, entendo estar vedado o lançamento do débito em duplicidade, ou seja, através do Parcelamento PAEX (confissão de dívida – autolancamento) e através do valor lançado de ofício no Auto de Infração de idêntico objeto àquele, como pretende à Recorrente com a apresentação de sua defesa.

É certo, porém, que se a multa não foi inserida no valor lançado (se devida em função da espontaneidade, como se tratará no item adiante), ou se os valores parcelados não forem idênticos aos lançados, deverá subsistir a exigência aqui contida, no tocante aos valores excedentes ao que estiverem contidos no parcelamento.

Na esteira das considerações acima, entendo que neste quesito merece parcial provimento o recurso do contribuinte, apenas para excluir do lançamento os valores que comprovadamente tiverem sido inseridos no PAEX (documento de folhas 151 – np.), e ao mesmo tempo foram objeto de constituição através do lançamento sob análise, mantidos os valores (principal, multa – conforme o desfecho do julgamento do tópico próprio a ela atinente -, e juros) que não tenham sido inseridos no Parcelamento.

6. Lançamento na pendência de medida liminar: exclusão de multa de ofício:

Sustenta a Recorrente que quando foi lavrado o lançamento tributário era detentora de liminar que suspendia o crédito tributário relativo aos créditos por ela escriturados, o que impedia que fosse contra ela lavrado lançamento tributário, a menos que o fosse para prevenir a decadência, hipótese em que não seria aplicável a multa de ofício, nos termos do art. 63, da Lei 9.430/96.

Afirma que, quando muito, apenas teria cabimento a aplicação da multa de mora após 30 (trinta) dias da publicação do acórdão dos embargos de declaração opostos contra o v. Acórdão que cassou a liminar anteriormente concedida, o que apenas veio a ocorrer após a ciência e lavratura do lançamento fiscal.

No caso em concreto, tenho que assiste razão à Recorrente, eis que por ocasião da lavratura do lançamento tributário, a liminar da qual o contribuinte era titular, demora já houvesse sido prolatado o v. Acórdão na Apelação Cível relativa a Ação nº 98.0000768-7, e, sabidamente os Embargos de Declaração possuem efeito suspensivo da decisão embargada. E ainda, embora não seja a regra, em algumas hipóteses excepcionais é verdade, possuam ainda o condão de *reformat* a decisão prolatada na apelação, segundo pacificado pela processualística.

Com efeito, enquanto em vigor a liminar, ainda que por força do efeito suspensivo dos Embargos de Declaração, não era cabível a imposição da multa de ofício, nos termos do art. 63, da Lei nº 9.430/96, “in verbis”:

“Art. 63. Na constituição de crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributo de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma dos incisos IV e V do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, não caberá lançamento de multa de ofício. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)

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

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

Neste sentido, cabe destacar o seguinte precedente do Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. A. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE POR DECISÃO. MULTA DE MORA. RECOLHIMENTO. TEMPESTIVO, NOS TERMOS DO ART. 63, § 2º, DA LEI 9.430/1996.

1. O art. 63, § 2º, da Lei 9.430/1996 dispõe que a interposição da ação judicial favorecida com a medida liminar interrompe a incidência da multa de mora, desde a concessão da medida judicial, até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição.

2. A rejeição dos embargos de declaração não influi no termo inicial da contagem do prazo previsto na Lei 9.430/1996, pois a simples interposição dos embargos tem por consequência a interrupção do prazo para interposição de outros recursos e, por conseguinte, impede os efeitos da decisão recorrida.

3. Apelação e a remessa oficial a que se nega provimento.”

(TRF1ª – 8ª Turma. AMS nº 0039618-57.2005.4.01.3800/MG, Rel. Maria do Carmo Cardoso, publ. e-DJF1 em 18.03.2011)

Inclusive e finalmente, pela dicção do §2º, do art. 63, acima transcrito, inclusive permitiria à Recorrente efetivar o pagamento do tributo em até 30 dias da data da publicação dos embargos de declaração, de modo que quanto a incidência da multa de mora,

deve ela incidir a partir deste marco temporal, pois que somente aí se materializou efetivamente a “mora” do devedor.

Neste aspecto, voto por prover o recurso nesta parte, para excluir a multa de ofício aplicada com relação aos fatos geradores compreendidos na ação judicial nº 98.0000768-7, de modo que incida a multa moratória a partir de decorridos 30 dias após a publicação da decisão dos embargos de declaração.

7. Direito aos créditos presumidos de IPI como ressarcimento de PIS e COFINS transferidos da matriz à filial, sem emissão de documento fiscal:

Sustenta a Recorrente que tem direito aos créditos presumidos de IPI como ressarcimento de PIS/COFINS (4º Tri/2002 e 1º Tri/2003), transferidos da matriz à filial sem cumprimento de obrigações acessórias, citando precedentes do Conselho que amparariam seu pleito, ao relativizar o rigor destas obrigações, privilegiando a substância sobre a forma.

Neste sentido, cumpre, de início, ponderar que particularmente sou adepto a relativização do rigor do formalismo em prol do direito, em sua essência, desde que, evidentemente, não restem prejudicados outros direitos e mesmo o controle que vinculadamente a Administração precisa realizar. Necessário, assim, que restasse demonstrado que haveria o crédito; que ele não teria sido utilizado pelo contribuinte em outras apurações; a natureza do crédito; e assim por diante. Ou seja, a prova passa a ser o “elemento diferenciador” para que seja ou não aplicável eventual e excepcionalíssima “relativização”.

Assim sendo, cotejando os autos, constata-se que como supedâneo ao direito de crédito alegadamente possuído pela Recorrente, relativo ao 4º trimestre de 2002 e ao 1º trimestre de 2003, o sujeito passivo trouxe aos autos cópia da decisão proferida pela DRJ Ribeirão Preto no processo administrativo 13876.000626/2003-10, a qual, por seu turno, demonstra tratar-se de pedido de restituição que veio a ser indeferido. Ou seja, não se trataria de crédito presumido de IPI como ressarcimento de PIS e COFINS que tenha sido objeto de regular pedido e apreciação de ser efetivamente devido seu ressarcimento pela Administração. A Recorrente juntou ainda cópia dos Demonstrativos de Crédito Presumido - DCP -, relativos a outros períodos, entregues pelo estabelecimento matriz (fls. 212 a 226). No entanto, nos referidos DCP's não constam os registros de nenhuma transferência (fls. 218 e 226).

Essa análise das provas carreadas aos autos pela Recorrente, para suportar o pretenso direito aos créditos que foram por ela escriturados, supostamente transferidos de sua matriz para a filial, não permitem concluir que efetivamente existem os referidos créditos e que os mesmos tenham sido deferidos pela Administração, ou mesmo que não tenham sido utilizados em outras apurações, circunstâncias essas que, no caso em concreto, impedem maiores aprofundamentos ante a falta de maiores indícios que pudessem sugerir a aptidão de tais créditos virem a ser validamente transferidos, ainda que informalmente, entre os estabelecimentos da Recorrente.

À míngua de prova de tais créditos e mesmo de sua existência, montante, suficiência e legitimidade, assim como do registro do estorno, na matriz, ou ainda, relativos à sua transferência ou deferimento, não é possível cogitar em flexibilizar um requisito que está contido nas normas gerais de direito tributário.

Neste sentido, no caso em concreto, encaminho meu voto no sentido de negar provimento ao recurso, neste particular.

8. Quanto aos períodos supostamente em concomitância:

No que diz respeito aos argumentos relativos à concomitância, que inclusive foram os motivadores das duas diligências determinadas nestes autos por este Colegiado, compulsando os autos entendo que as mesmas acabaram sendo solucionadas, seja pelo não conhecimento, por se tratar de período em que a Recorrente efetivou adesão ao programa de parcelamentos (tanto PAEX quanto aquele instituído pela Lei nº 11.941/09), seja pelo reconhecimento da decadência dos períodos anteriores a novembro de 2002, com o que acabou abarcando aqueles relativos aos pedidos de compensação de créditos com débitos de terceiros (Processos nºs. 13873.000225/2002-17, 13873.000145/2002-53, 13873.000368/2002-11, 13873.000366/2002-21 e 13873.000298/2002-09).

Neste sentido, tenho por prejudicada esta análise, em face da decadência e da desistência recursal.

9. Dispositivo:

Ante todo o exposto, voto no sentido **de não conhecer do recurso** na parte relativa aos períodos inseridos no parcelamento e quanto à matéria objeto de concomitância, e na parte conhecida, **dar parcial provimento ao Recurso Voluntário**, para o fim de :

- a. determinar o cancelamento do lançamento tributário relativo aos períodos de apuração de outubro de 2002 e pretéritos, pela decadência;
- b. determinar a exclusão dos valores que comprovadamente tiverem sido inseridos no PAEX (documento de folhas 151 – np.) e ao mesmo tempo tenham sido objeto de constituição através do lançamento sob análise, mantidos os valores (principal, multa e juros) que não tenham sido inseridos no referido Parcelamento; e finalmente,
- c. determinar a exclusão da multa de ofício referente aos créditos que estavam sendo demandados na Ação Ordinária nº 98.0000768-7, de modo que incida a multa moratória a partir de decorridos 30 dias após a publicação da decisão dos embargos de declaração opostos contra a decisão que cassou a liminar respectiva.

É como voto.

(assinado digitalmente)

João Carlos Cassuli Junior – Relator.

Voto Vencedor

Impetro vênia ao íncrito relator para divergir parcialmente de seu brilhante voto e manter a multa aplicada pelas razões que passo a expor.

Inicialmente anoto que nem mesmo a hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, poderia obstar o lançamento tributário, pois como já assentou a jurisprudência uniforme do E. STJ “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” (cf. Ac. da 1ª Seção do STJ nos Emb. de Divergência no R. Esp. nº 572.603-PR, Reg. nº 2004/0121793-3, em sessão de 08/06/05, Rel. Min. CASTRO MEIRA, publ. in DJU de 05/09/05 p. 199 e in RDDT vol. 123 p. 239), eis que “o prazo para lançar não se sujeita a suspensão ou interrupção, sequer por ordem judicial” (cf. Ac. da 2ª Turma do STJ no R. Esp. nº 119986-SP, Reg. nº 1997/0011016-8, em sessão de 15/02/01, Rel. Min. ELIANA CALMON, publ. In DJU de 09/04/01 p. 337 e in RSTJ vol. 147 p. 154), sendo certo que a procedência, ou improcedência do débito principal objeto do lançamento, já se encontra adremente vinculada à sorte da decisão final do processo judicial.

Embora não se ignore que o § 2º do art. 63, da Lei nº 9.430/96, expressamente estabelece que “a interposição da ação judicial favorecida com a medida liminar interrompe a incidência da multa de mora, desde a concessão da medida judicial, até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição”, no caso concreto, verifica-se que o auto de infração excogitado foi lavrado após o transcurso dos 30 dias da publicação do v. Acórdão na Apelação Cível relativa a Ação nº 98.0000768-7 que considerou devido o tributo, sem que o contribuinte efetuasse o recolhimento do tributo no prazo previsto no referido dispositivo, o que torna *inaplicável* o referido dispositivo à espécie, e *sujeita* a Recorrente à *multa de ofício* em razão da infração de *falta de recolhimento* e do seu *retardamento culposos*.

Isto posto, impetro vênias ao ínclito relator para divergir parcialmente de seu brilhante voto, negando provimento ao recurso nesse particular e mantendo a multa aplicada sobre o débito remanescente.

É como voto.

FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA