



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

Processo n° 19515.000466/2008-07
Recurso n° 000.001 Voluntário
Acórdão n° **3301-00.024 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 8 de julho de 2011
Matéria IPI - AI
Recorrente ALFREDO FANTINI IND. E COM. LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 10/01/2004 a 31/12/2006

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. FALHAS. LANÇAMENTO. NULIDADE

As falhas cometidas no cumprimento do Mandado de Procedimento Fiscal (MPF), tais como renovações e prorrogações, não constituem fundamento de nulidade do lançamento.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI

Período de apuração: 10/01/2004 a 31/12/2006

CRÉDITOS APROVEITADOS INDEVIDAMENTE. LANÇAMENTO

Os créditos de IPI sobre aquisições de insumos desoneradas deste imposto, indevidamente escriturados e aproveitados na escrita fiscal, estão sujeitos a lançamento de ofício, acrescido das cominações legais.

MULTA DE OFÍCIO. DISPENSA. AÇÃO JUDICIAL

Somente enseja a dispensa da multa de ofício o lançamento efetuado com suspensão da exigibilidade do crédito tributário constituído, em face de medida judicial.

MATÉRIA DISCUTIDA NA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA E JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA

Súmula CARF n° 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.

RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado: I) por maioria de votos, rejeitar a suscitada preliminar de nulidade do lançamento, vencida a Conselheira Maria Teresa Martínez López; II) por unanimidade de votos, não conhecer do recurso voluntário, quanto à questão oposta concomitantemente nas esferas, administrativa e judicial; e, III) na parte conhecida, por unanimidade de votos, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Rodrigo da Costa Pôssas - Presidente

José Adão Vitorino de Moraes – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: José Adão Vitorino de Moraes, Antônio Lisboa Cardoso, Maurício Taveira e Silva, Fábio Luiz Nogueira, Maria Teresa Martínez López e Rodrigo da Costa Pôssas.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra decisão da DRJ Ribeirão Preto que julgou procedente o lançamento do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) referente aos períodos de competência de janeiro de 2004 a dezembro de 2006, conforme descrição dos fatos e enquadramento legal às fls. 608/613 e termo de verificação fiscal às fls. 576/579.

O auto de infração decorreu da glosa de créditos escriturais de IPI sobre aquisições de insumos não-tributados por este imposto.

Ainda, segundo a decisão recorrida, os créditos escriturados e aproveitados pela recorrente estavam amparados em liminar concedida em mandado de segurança, processo nº 2000.61.00.035700-6, impetrado com o objetivo de lhe assegurar o direito de aproveitar créditos sobre aquisições de insumos isentos ou tributados à alíquota zero do IPI, utilizados na fabricação de cigarros. Contudo, verificou-se que o TRF da 3ª Região proferiu acórdão em 14/11/2007 autorizando somente a apropriação dos créditos sobre insumos adquiridos sob o regime de isenção, na Zona Franca de Manaus (ZFM).

Dessa forma, o auto de infração foi lavrado com respaldo no acórdão daquele Tribunal.

Cientificada da exigência do crédito tributário, a recorrente o impugnou, alegando razões que foram assim resumidas por aquela DRJ:

“1. O auto de infração é nulo porque os auditores que o lavraram não estavam mais autorizados por Mandado de Procedimento Fiscal, carecendo assim de competência;

2. Houve irregularidade na prorrogação dos MPF por três anos e oito meses para os mesmos auditores, e também, na prorrogação do MPF em prazos superiores a trinta dias;

3. É nulo o auto de infração tendo em vista encontrar-se o suposto crédito tributário apurado amparado por sentença concessiva de segurança n.º 2000.61.035700-6;

4. A liminar concedida em MS suspende a exigibilidade do crédito tributário, não podendo ser aplicada a multa punitiva de 75%, fato que constitui evidente nulidade ao lançamento.

5. O crédito é legítimo, pois decorre do princípio da não-cumulatividade do IPI prevista no artigo 49 do CTN e seu ressarcimento é previsto pelo artigo 11 da Lei n.º 9.779/99;

6. Não há base legal para a incidência da Selic no cálculo de juros de mora decorrentes de descumprimento de obrigação de IPI;

7. As decisões do STJ que fixem de forma inequívoca e definitiva a interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública.”

Analisada a impugnação, aquela DRJ julgou o lançamento procedente, conforme acórdão n.º 14-19.806, datado de 23/07/2008, às fls. 818/835, sob as seguintes ementas:

“MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. NULIDADE.

O Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) foi concebido com o objetivo de disciplinar a execução dos procedimentos fiscais relativos aos tributos e contribuições sociais administrados pela Secretaria da Receita Federal, não atingindo a competência impositiva dos auditores fiscais.

AÇÃO JUDICIAL. PROPOSITURA. EFEITOS.

A propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda Pública, de ação judicial, por qualquer modalidade e a qualquer tempo, importa renúncia às instâncias administrativas, as quais ficam vinculadas ao teor do provimento judicial.

SUSPENSÃO DE EXIGIBILIDADE.

Suspende a exigibilidade do crédito tributário o depósito do seu montante integral; a concessão de medida liminar em mandado de segurança ou em tutela antecipada.

MULTA. DECISÃO JUDICIAL. EXIGIBILIDADE SUSPensa.

A lavratura da multa de ofício, quando não há suspensão da exigibilidade do tributo, é procedimento obrigatório da autoridade.”

Inconformada, com essa decisão, a requerente interpôs recurso voluntário (fls. 851/858), requerendo: i) em preliminar, a nulidade do lançamento, alegando as mesmas razões expendidas na impugnação, ou seja, falta de MPF válido, autorizado expressamente pelo

Delegado da Unidade e prorrogações do MPF em desacordo com a Portaria RFB nº 4.066, de 2007; e, ii) no mérito: ii.1) vedação à exigência de multa de ofício, em virtude da liminar concedida nos autos do mandado de segurança, reconhecendo-lhe o direito de aproveitar créditos sobre aquisições de insumos isentos, não-tributados e tributados à alíquota zero do IPI e, ainda, que embora o TRF da 3ª Região tenha modificado a decisão dada em sede de liminar, autorizando somente o aproveitamento sobre aquisições isentas feitas perante na ZFM, interpôs tempestivamente recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça (STJ), bem como recurso extraordinário para Supremo Tribunal Federal (STF) contra o acórdão daquele Tribunal; assim, a data de lavratura do auto de infração, não havia trânsito em julgado, e os efeitos da liminar ainda persistiam, vedando a aplicação da multa de ofício; e, ii.2) tem direito de aproveitar créditos do IPI nas aquisições dos insumos desonerados deste imposto em virtude do princípio da não-cumulatividade, previsto na Constituição Federal (CF) de 1988, art. 153, §3º, inciso II.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Adão Vitorino de Moraes

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

i – Preliminar

A suscitada preliminar de nulidade do lançamento sob os argumentos de falta de MPF válido, autorizado expressamente pelo Delegado da Unidade, e de prorrogações do MPF em desacordo com a Portaria RFB nº 4.066, de 2007, não tem amparo legal.

O auto de infração e, conseqüentemente, o lançamento somente seriam nulos se tivesse sido lavrado por pessoa incompetente ou sem fundamentação legal, conforme dispõe o Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, art. 59, inciso I, *in verbis*:

“Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

(...).”

O auto de infração em discussão foi lavrado por Auditor-Fiscal da Receita Federal, servidor competente para exercer fiscalizações externas de pessoas jurídicas e, se constatadas faltas na apuração do cumprimento de obrigações tributárias, por parte da fiscalizada, tem competência legal para a sua lavratura, com o objetivo de constituir o crédito tributário por meio do lançamento de ofício.

Possíveis incorreções e/ ou deficiências não o tornam nulo nem anulável e sim defeituoso ou ineficaz até a sua retificação. Contudo, nada disto foi demonstrado.

O MPF tem tripla função: a) materializa a decisão da administração, trazendo implícita a fundamentação requerida para a execução do trabalho de auditoria fiscal; b) atende ao princípio constitucional da cientificação e define o escopo da fiscalização; e, c) reverência o princípio da pessoalidade.

No presente caso, conforme consta dos autos, a recorrente foi intimada da ação fiscal por meio do MPF à fl. 01, em 01/09/2004. Posteriormente foi expedido o MPF-Complementar às fls. 04 do qual foi intimada em 21/11/2007, sendo que o último foi expedido em 24/02/2008 com validade até 24/04/2008, conforme consta do demonstrativo às fls. 05.

Questões ligadas ao descumprimento do escopo do MPF, inclusive do prazo e das prorrogações, ainda que comprovadas devem ser resolvidas no âmbito do processo administrativo disciplinar e não tem o condão de tornar nulo o lançamento tributário que atendeu aos requisitos do CTN, art. 142, e do Decreto nº 70.235, de 1972, art. 10.

Além disto, instrumento de controle administrativo, como MPF, criado por portaria não pode se sobrepor ao Código Tributário Nacional que determina a realização do lançamento que é vinculado e obrigatório.

Dessa forma não há que se cogitar da nulidade do lançamento por possíveis falhas no MPF.

ii – Mérito

ii.1) Vedação a exigência de multa de ofício

Conforme demonstrado nos autos e no relatório deste julgamento, a recorrente havia obtido liminar em mandado de segurança, processo nº 2000.61.00.035700-6, que a autorizou a aproveitar créditos de IPI sobre aquisições desoneradas deste imposto, ou seja, isentos, tributados à alíquota zero ou não-tributados.

Posteriormente, o TRF 3ª Região no julgamento da remessa oficial e do recurso de apelação interposto pela União Federal, realizado em 24/10/2007, decidiu que a recorrente não tinha direito ao aproveitamento de créditos sobre aquisições de matérias-primas e insumos utilizados em seu processo de industrialização, adquiridos sob os regimes de isenção, tributação à alíquota zero e/ou não-tributação pelo IPI, reconhecendo-lhe somente o direito de se creditar sobre matérias-primas e insumos isentos adquiridos na Zona Franca de Manaus (fls. 541/572). A publicação do acórdão no DJU se deu na data de 14 de novembro de 2007.

Segundo a legislação tributária que trata de constituição de crédito tributário, somente não caberá lançamento de multa de ofício quando o lançamento for efetuado para prevenir a decadência do direito de a Fazenda Pública constituí-lo e cuja exigibilidade houver sido suspensa nos termos dos incisos IV e V do art. 151 do CTN.

A Lei nº 9.430, de 27/12/1996, estabelece:

“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.

§ 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.”

Já o CTN, assim dispõe:

“Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

(...);

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

V – a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial;

(...).”

Ora, o lançamento em discussão não se enquadra em nenhum dos dispositivos legais citados e transcritos.

Conforme consta do auto de infração, o crédito tributário em discussão não foi constituído com exigibilidade suspensa nem teve como objetivo prevenir a decadência do direito de a Fazenda Pública constituí-lo. Também, na data de sua constituição, em 12/03/2008, a recorrente não dispunha de medida liminar em mandado de segurança nem medida liminar ou de tutela antecipada em outras espécies de ação judicial suspendendo sua exigência.

O fato de a recorrente ter apresentado recurso especial e recurso extraordinário ao STJ e STF, respectivamente, contra o acórdão do TRF da 3ª Região que lhe desfavorável, não tem o condão de restabelecer a medida liminar concedida em primeira instância e que foi derrubada pela decisão de segunda instância.

Nos lançamentos de ofício a Lei nº 9.430, de 27/12/1996, art. 44, II, assim determina:

“Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

(...).”

Dessa forma, correta a exigência da multa de ofício juntamente o imposto lançado e exigido.

ii.2) Direito ao aproveitamento de créditos do IPI nas aquisições dos insumos desonerados por este imposto

Conforme consta da decisão recorrida e a própria recorrente reconheceu, o aproveitamento de créditos do IPI sobre aquisições desoneradas por este imposto, como se devido fosse, foi também objeto do mandado de segurança nº 2000.61.00.035700-6, em trâmite no STF.

Ora, a opção da recorrente pela via judiciária para a discussão de matéria tributária com idêntico pedido na instância administrativa implicou renúncia ao poder de

recorrer nesta instância, nos termos da Lei nº 6.830, de 1980, art. 38, parágrafo único, e do Decreto-lei nº 1.737, de 1979, art. 1º, § 2º.

Trata-se de matéria já sumulada pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf), devendo ser aplicada ao presente caso a Súmula nº 01 que assim dispõe, *in verbis*:

“Súmula CARF nº 01. 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.”

Assim, em relação a esta matéria, deve ser não se toma conhecimento das aplicadas esta súmula.

Em face do exposto e de tudo o mais que consta dos autos, rejeito a suscitada preliminar de nulidade do lançamento, não conheço da matéria oposta concomitantemente nas esferas administrativa e judicial, ou seja, o direito de a recorrente aproveitar créditos de IPI sobre aquisições de matérias-primas e insumos desonerados por este imposto, e, na parte conhecida, nego provimento ao recurso voluntário.

José Adão Vitorino de Moraes - Relator