



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

2.º	PUBLICADO NO D. O. U.
C	De 01/12/1994
C	Rubrica

Processo nº: 10480.014429/91-11

Sessão de: 26 de abril de 1994

ACORDÃO Nº 202-06.635

Recurso nº: 95.848

Recorrente : TUBOLUX ILUMINAÇÃO CONTINUA LTDA.

Recorrida : DRF EM RECIFE - PE

IPI - ALUMINIO E SUAS OBRAS (7604 E 7606) LUMINARIAS. Sujeita-se à classificação TIPI com alíquotas positivas. Montagem (reunião de peças) é operação de industrialização definida no art. 3º, III, RIPI/82, não se caracterizando montagem sob encomenda se não comprovado serem utilizados materiais de propriedade exclusivamente de terceiros. Hipótese de aplicação do disposto no art. 63, parágrafo 2º, RIPI/82. Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por TUBOLUX ILUMINAÇÃO CONTINUA LTDA.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso. Ausente o Conselheiro JOSE ANTONIO AROCHA DA CUNHA.

Sala das Sessões, em 26 de abril de 1994.

HELVIO ESCOVEDO BARCELLOS - Presidente

JOSE CABRAL BAROFANO - Relator

ADRIANA GUEIROZ DE CARVALHO - Procuradora-Representante da Fazenda Nacional

VISTA EM SESSÃO DE 17 JUN 1994

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros ELIO ROTHE, ANTONIO CARLOS BUENO RIBEIRO, OSVALDO TANCREDO DE OLIVEIRA e TARASIO CAMPELO BORGES.
hr/jm/cf/gb



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

Processo nº: 10480.014429/91-11
Recurso nº: 95.848
Acórdão nº: 202-06.635
Recorrente : TUBOLUX ILUMINAÇÃO CONTINUA LTDA.

RELATÓRIO

A ora recorrente foi denunciada por ter praticado irregularidades fiscais na esfera do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI. Destaca-se da descrição dos fatos narrados pela representante da Fazenda Nacional:

"A empresa é conhecida fabricante de luminárias na praça do Recife (como indica o próprio nome original da empresa: Tubolux-Fábrica de Luminárias Fluorescentes Ltda.), e estabelecida numa das importantes avenidas da cidade. No entanto, nos exercícios fiscalizados de 1989 e 1990, nem destacou nem recolheu o IPI que incide sobre os produtos de sua fabricação, conforme determina a Tabela de Incidência do IPI. Surpreendentemente, em 1991, sem mudar de atividade e sem recolher o IPI referente aos exercícios anteriores, passa a dar uma classificação fiscal (7604.29.9900 e 7606.11.0000) diferente do que determina a Tabela de Incidência do IPI, a apenas parte de seus produtos, aquelas partes que receberam a operação de beneficiamento, e, a lançar uma alíquota de 15% sobre os seus produtos, sem recolher aos cofres da Fazenda Nacional o IPI cobrado nas suas Notas Fiscais de saída, nos prazos e formas estabelecidos no Regulamento do IPI e legislação que rege a matéria.

Para fabricar os seus produtos a empresa executa duas operações determinada pelo Regulamento do IPI, Art. 3º, como operações que caracterizam a industrialização, são as operações de beneficiamento e montagem. A empresa executa a operação de industrialização denominada beneficiamento, ao modificar, aperfeiçoar, ou de qualquer forma alterar parte ou todo o alumínio utilizado no processo de industrialização (art. 3º II), e, executa também a operação de montagem ao reunir as partes beneficiadas a outras partes, produtos ou peças para a obtenção de um novo produto (art. 3º III do RIPI), denominado luminária e classifi-



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº: 10480.014429/91-11
Acórdão nº: 202-06.635

cado na Tabela de Incidência do IPI na posição 9405.10.9900 (lustres e outros aparelhos de iluminação, elétricos, próprios para serem suspensos ou fixados no teto ou na parede), com uma alíquota de 10% até março de 1990, quando passou para uma alíquota de 15% a partir de abril de 1990 conforme Dec. 99.182/90.

a) EXERCÍCIOS DE 1989 e 1990 - A empresa durante os exercícios fiscalizados de 1989 e 1990 não lança nem recolhe o IPI devido, que incide sobre os seus produtos que fabrica. Nas Notas Fiscais de saída discrimina os produtos, partes e peças que compõem as luminárias de sua fabricação, como se fossem produtos isolados, individualmente identificados (curvas flexíveis, reatores, termostatos, placas, hastes, lâmpadas etc.).

Esta fiscalização procedeu o levantamento de cada Nota Fiscal de saída para determinar o valor tributável, e excluiu de cada dos valores de cada Nota Fiscal os valores referentes as lâmpadas utilizadas nos produtos. Os valores levantados foram separados por períodos de apuração quinzenal, como determina a legislação vigente quando da ocorrência dos fatos geradores. Também foram levantados por esta fiscalização, todos os créditos referentes ao IPI dos produtos e matérias primas utilizados no processo de industrialização e também separados por períodos de apuração quinzenal correspondentes, como determinam os artigos 98, 81 e 82 I do Regulamento do IPI - RIPI. Os demonstrativos do valor tributável e dos créditos do IPI incidente sobre os produtos utilizados no processo de industrialização, constam dos Demonstrativos de Apuração do Imposto sobre Produtos Industrializados, que compõem o Auto de Infração.

Este procedimento foi realizado por determinação das Notas Explicativas da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados (Notas Explicativas da Seção XX Capítulo 94 II) que determinam que classificam-se na posição 9405.10.9900, as partes não elétricas e as partes elétricas que compõem os produtos, como: suportes, comutadores, interruptores, transformadores estarte etc., e determina a exclusão das lâmpadas utilizadas nos produtos, desta posição.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

Processo nº: 10480.014429/91-11
Acórdão nº: 202-06.635

b) - EXERCÍCIO DE 1991 - No exercício de 1991 apenas um item foi verificado por esta fiscalização: o do IPI lançado nas Notas Fiscais de saída e não recolhido aos cofres da Fazenda Nacional. Sendo portanto passível de fiscalização posterior do IPI o exercício de 1991. Neste exercício foram levantados os débitos e os créditos do IPI até outubro de 1991, de conformidade com o escriturados nos Livros Fiscais Registro de Entradas e Registro de Saídas da empresa (cópias dos livros em anexo). Tais valores foram agrupados por período de apuração quinzenal, como determina a legislação."

Em sua impugnação tempestiva (fls. 79/86) argui nulidade do Auto de Infração, por inobservância ao artigo 11 do Decreto nº 70.235/72 o que enseja aplicação do disposto no artigo 59, do citado Decreto.

Diz que o Auto de Infração capitulou dispositivo legal que não se aplica à espécie (art. 63, I, do RIPI/82), bem como a multa aplicada foi aquela disposta no art. 364, I, do RIPI/82 (50%), mas a fiscalização imputou 100% sobre o tributo apurado.

No mais assevera não ser contribuinte do IPI como disciplinado nos arts. 1º a 3º do RIPI/82, porquanto apenas executa serviços de montagem, instalação, manutenção, restauração de luminárias, compra e venda no varejo ou atacado, a exposição de luminárias e perfis de alumínio. A montagem é sempre por encomenda e não transforma, beneficia ou aperfeiçoa os produtos que comercializa.

Cita o Código Tributário do Município de Recife e insurge-se sobre erros de cálculos incorridos pela autuante, quando da apuração do imposto.

A Informação Fiscal (fls. 144/145) contesta os argumentos oferecidos pela impugnante, bem como informa ter procedido a devida representação, nos termos do Decreto nº 325/91 e que o erro de datilografia no enquadramento legal do Auto de Infração não trouxe qualquer prejuízo ao direito de defesa da autuada.

Decidindo o pleito em primeira instância administrativa, através da Decisão SESIT/SECJTD nº 1.094/72 (fls. 147/152), o Sr. Delegado da Receita Federal em Recife/PE não acolheu a preliminar de nulidade do Auto de Infração, vez que as irregularidades apontadas são sanáveis, nos termos do artigo 60, do Decreto nº 70.235/72.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº: 10480.014429/91-11
Acórdão nº: 202-06.635

Quanto ao mérito, na esteira da descrição dos fatos da denúncia fiscal e contestação fiscal, por entender que a impugnante executa processo de industrialização (montagem), manteve integralmente o lançamento originário.

Em suas razões de recurso (fls. 160/166) sustenta os mesmos argumentos oferecidos na impugnação.

E o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

Processo nº: 10480.014429/91-11
Acórdão nº: 202-06.635

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR JOSE CABRIL GAROFANO

O recurso voluntário foi manifestado dentro do prazo legal. Dele conheço por tempestivo.

Apreciando a preliminar de nulidade do lançamento por imprecisão no enquadramento legal, tanto em dispositivo de infringência à legislação tributária como da multa lançada de ofício, cabe aqui tecer algumas considerações necessárias que utilizo para construir meu juízo.

Reza o artigo 59, do Decreto nº 70.235/72:

"Art. 59. São nulos:

I - Os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - Os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa." (dei destaque).

Da forma como a recorrente argúi a nulidade, só restaria a hipótese contida na parte final do inciso II, do art. 59. Para apreciar esta matéria louvo-me nos doutos ensinamentos do Dr. Luiz Henrique Barros de Arruda, ex-membro do Primeiro Conselho de Contribuintes e atual Coordenador do Sistema de Fiscalização da Secretaria da Receita Federal, donde destaco:

"De plano, observa-se que, no tocante ao lançamento, esse dispositivo somente admite, literalmente, nulidade por incompetência do agente, uma vez que a hipótese do inciso II, relativa a cerceamento do direito de defesa, não se aplicaria a auto de infração, nem notificação de lançamento, como apontado no seguinte acórdão:

'Preterição do direito de defesa decorre de despachos ou decisões e não da lavratura de ato ou termo como se materializa a feitura de auto de infração. Cerceamento ou preterição do direito de defesa, por falta de vistas dos autos, há de relacionar-se com o processo correspondente, no qual existem os elementos de prova necessários à solução do litígio.' (Ac. 101-77056, de 25/02/87).



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº: 10480.014429/91-11
Acórdão nº: 202-06.635

.....

A segunda assertiva, todavia, não encontra apoio na moderna e melhor doutrina administrativista, que recusa ao ato administrativo a aplicação da dicotomia importada do direito comum, classificatória dos atos jurídicos em nulos e anuláveis, como, elucida Hely Lopes Meirelles ao opinar:

"...em direito público não há lugar para os atos anuláveis, como já assinalamos precedentemente. Isto porque a nulidade (absoluta) e a anulabilidade (relativa) assentam, respectivamente, na ocorrência do interesse público e do interesse privado na manutenção ou eliminação do ato irregular. Quando o ato é de exclusivo interesse dos particulares - o que só ocorre no direito privado - embora ilegítimo ou ilegal, pode ser mantido ou invalidado segundo o desejo das partes; quando é de interesse público - e tais são todos os atos administrativos - a sua legalidade se impõe como condição de validade e eficácia do ato, não se admitindo o arbítrio dos interessados para a sua manutenção ou invalidação, porque isto ofenderia a exigência de legitimidade da atuação pública. O ato administrativo é legal ou ilegal; é válido ou inválido. O que pode haver é correção de mera irregularidade que não torna o ato nem nulo nem anulável, mas simplesmente defeituoso ou ineficaz até a sua retificação." (Direito Administrativo Brasileiro, Revista dos Tribunais - SP - 1991, pág. 183/184) (o *itálico* consta do original).

A partir dessa conclusão compreende-se que as expressões **anular o ato** ou **declarar a nulidade do ato**, ambas medidas de efeitos *ex tunc*, possuem idêntico significado e assim são empregadas, quer pela doutrina, quer nos textos legais, sem que se refiram a atos de efeitos, ou sujeitos a sanções, diferentes, como se encontra, predominantemente, na literatura especializada."

Mais à frente continua o ilustre processualista de exigências tributárias em procedimentos fiscais-administrativos:



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

Processo nº: 10480.014429/91-11
Acórdão nº: 202-06.635

"A expressão vício formal (a.2), por seu turno, compreende as incorreções e omissões de forma do ato (artigos 10 e 11), assim como as falhas ou omissões quanto a formalidades que devem ser respeitadas na feitura do lançamento.

.....

Ressalte-se, ademais, que a distinção entre formalidade extrínseca e intrínseca é indispensável, pois casos há em que a omissão de forma, que não configure a segunda, não prejudica a validade do procedimento fiscal, como já decidido nos seguintes casos:

'ARBITRAMENTO DO LUCRO - NULIDADE - A falta de indicação, no auto de infração, dos dispositivos legais infringidos não acarreta sua nulidade quando, desde a fase impugnatória, o contribuinte demonstra, pelo teor de sua reclamação, que o direito de ampla defesa lhe foi assegurado mediante a precisa descrição do ilícito cometido, contida naquela peça.' (Ac. 103-11834, de 04/12/91).

'CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - A ausência do dispositivo legal infringido no auto de infração não enseja sua nulidade quando a descrição dos fatos autoriza o sujeito passivo a exercer amplamente seu direito de defesa, provado esse aspecto pelas alentadas petições apresentadas nas fases impugnatória e recursal.' (Ac.103-11387, de 15/07/91).

.....

b) o lançamento que, embora tenha sido efetuado com atenção aos requisitos de forma e às formalidades requeridas para a sua feitura, ainda assim, quer pela insuficiência na descrição dos fatos, quer pela contradição entre seus elementos, efetivamente não permitir ao sujeito passivo conhecer com nitidez a acusação que lhe é imputada é igualmente nulo por falta de



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº: 10480.014429/91-11
Acórdão nº: 202-06.635

conteúdo ou objeto, como preferem alguns, na medida que não restou provada a materialização da hipótese de incidência e/ou o ilícito cometido;"

PROCESO ADMINISTRATIVO FISCAL-MANUAL. PÁGS. 78 a 84. Luiz Henrique Barroso de Arruda - Editora Resenha Tributária - São Paulo-Janeiro/93.

São estes fundamentos que me levam à convicção de inocorrência de cerceamento do amplo direito de defesa do sujeito passivo, pelo que não acolho os elementos da preliminar argüida.

No mérito, a apelante desde sua impugnação sustenta que sua atividade é sempre montagem sob encomenda, inclusive na defesa fez constar sua última alteração do contrato social:

"... serviços de montagem, instalação, manutenção, restauração de luminárias, compra e venda no varejo ou atacado, a exposição de luminárias e perfis de alumínio."

Nesta linha, ao citar o Código Tributário do Município de Recife, seu artigo 102, item 73, entende estar amparado por lei e não ser contribuinte do IPI:

"73 - Instalação e montagem de aparelhos, máquinas e equipamentos prestados ao usuário final do serviço, exclusivamente com material por ele fornecido." (grifei).

Em seu Contrato Social fica claro que a mesma monta aparelhos e o dispositivo retro citado especializa, para trazer ao campo de incidência do ISS, "...exclusivamente com material por ele fornecido."

Em momento algum a autuada trouxe aos autos qualquer prova que apenas monta aparelhos com material de terceiros, o que deveria ser comprovado com notas fiscais de entrada em nome do remetente, ordens de serviços de montagem e notas fiscais de entrega dos ditos materiais. Mesmo que assim fosse aplicar-se-ia o disposto no artigo 63, parágrafo 2º, do RIFI/82, como faz certo o entendimento constante no Acórdão nº 201-66.128/90. Nada mais claro que a apelante adquire materiais, monta, vende produtos acabados e peças de reposição, tudo por conta própria.

Mesmo que fossem industrializados para atender projetos específicos, não é a situação de encomenda definida em lei e que não constitui fato gerador e matéria tributável pelo IPI.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº: 10480.014429/91-11

Acórdão nº: 202-06.635

Como a recorrente não ofereceu resistência à classificação fiscal do produto na TIPI, imposta pela fiscalização, bem como não contestou o imposto lançado e não recolhido em certo período, estes itens da denúncia fiscal ficaram incontroversos e não constituem razões de recurso a serem apreciadas.

E neste sentido e por acatamento às decisões unânimes deste Conselho de Contribuintes, sobre esta matéria, voto no sentido de NEGAR provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões, 26 de abril de 1994.

JOSE CABRAL GAROFANO