



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

Processo nº 10803.000086/2010-69
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3302-001.856 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de outubro de 2012
Matéria Auto de Infração – IPI
Recorrente COMERCIAL E INDUSTRIAL LUCCHESI LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/07/2005, 01/10/2005 a 30/11/2005

IPI. DECADÊNCIA. PRAZO.

Inexistindo pagamentos antecipados, o prazo de decadência do IPI é de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO. MOTIVAÇÃO. AUSÊNCIA.

A qualificação da multa de ofício exige a descrição específica de sua motivação.

CONFISCO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. ANÁLISE POR AUTORIDADE JULGADORA ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE.

Descabe à autoridade julgadora administrativa apreciar matéria relativa à constitucionalidade de lei.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/07/2005, 01/10/2005 a 30/11/2005

IMPOSTO LANÇADO E NÃO ESCRITURADO.

Cobra-se a diferença entre o imposto lançado nas notas fiscais de saída e o imposto registrado na escrita fiscal.

GLOSA DE CRÉDITOS. NOTAS FISCAIS INIDÔNEAS.

Glosam-se os créditos do imposto escriturados nos livros fiscais e alusivos a documentos fiscais reputados como tributariamente ineficazes.

GLOSA DE CRÉDITO. DEVOLUÇÃO DE VENDA INEXISTENTE.

Glosa-se o crédito relativo a venda não devolvida.

MULTA REGULAMENTAR. NOTAS FISCAIS INIDÔNEAS.
RECEBIMENTO E UTILIZAÇÃO.

Inflige-se a multa correspondente ao valor atribuído à mercadoria na nota fiscal inidônea, recebida e utilizada pela adquirente para reduzir saldos devedores do imposto.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos,

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário para afastar a qualificação da multa de ofício proporcional, nos termos do voto do relator. Vencidos os conselheiros Walber José da Silva e Maria da Conceição Arnaldo Jacó, que negavam provimento.

(Assinado digitalmente)

Walber José da Silva - Presidente

(Assinado digitalmente)

José Antonio Francisco - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Walber José da Silva, José Antonio Francisco, Fabiola Cassiano Keramidas, Maria da Conceição Arnaldo Jacó, Alexandre Gomes e Gileno Gurjão Barreto.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário (fls. 750 a 803) apresentado em 11 de novembro de 2011 contra o Acórdão nº 14-34.839, de 11 de agosto de 2011, da 2ª Turma da DRJ/RPO (fls. 716 a 745), cientificado em 13 de outubro de 2011, que, relativamente a auto de infração de IPI dos períodos de janeiro a julho, outubro e novembro de 2005, considerou a impugnação improcedente, nos termos de sua ementa, a seguir reproduzida:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS IPI

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/07/2005, 01/10/2005 a 30/11/2005

IMPOSTO LANÇADO E NÃO ESCRITURADO.

Cobra-se a diferença entre o imposto lançado nas notas fiscais de saída e o imposto registrado na escrita fiscal.

GLOSA DE CRÉDITOS, NOTAS FISCAIS INIDÔNEAS.

Glosam-se os créditos do imposto escriturados nos livros fiscais e alusivos a documentos fiscais reputados como tributariamente ineficazes.

GLOSA DE CRÉDITO. DEVOLUÇÃO DE VENDA INEXISTENTE.

Glosa-se o crédito relativo a venda não devolvida.

MULTA DE OFÍCIO MAJORADA. CIRCUNSTÂNCIA QUALIFICATIVA.

Cabe a inflição da penalidade pecuniária exacerbada (150%) quando ficar comprovada nos autos a circunstância qualificativa.

MULTA REGULAMENTAR. NOTAS FISCAIS INIDÔNEAS. RECEBIMENTO E UTILIZAÇÃO.

Inflige-se a multa correspondente ao valor atribuído à mercadoria na nota fiscal inidônea, recebida e utilizada pela adquirente para reduzir saldos devedores do imposto.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/07/2005, 01/10/2005 a 30/11/2005

DECADÊNCIA.

A contagem do prazo quinquenal de decadência se inicia no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, observadas circunstâncias como a fraude, a sonegação e o conluio, indicadoras de dolo.

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/07/2005, 01/10/2005 a 30/11/2005

DOCUMENTAÇÃO INIDÔNEA. TERCEIRO INTERESSADO. EFEITOS TRIBUTÁRIOS.

Somente por meio da apresentação da comprovação cumulativa da entrada de bens no recinto industrial e do efetivo pagamento pelas aquisições, pode o terceiro interessado elidir a ineficácia jurídico-tributária da documentação reputada como inidônea.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/07/2005, 01/10/2005 a 30/11/2005

NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Inexiste cerceamento do direito de defesa e nulidade do feito se todos os elementos probatórios estiverem neste presentes, acessíveis a consulta pelo sujeito passivo.

IMPUGNAÇÃO. PROVAS ADICIONAIS. PRECLUSÃO TEMPORAL.

Tendo em vista a superveniência da preclusão temporal, é rejeitado o pedido de apresentação de provas suplementares, pois o momento propício para a defesa cabal é o da oferta da peça impugnatória.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

O auto de infração foi lavrado em 20 de dezembro de 2010, de acordo com o temo de fls. 18 a 29.

A Primeira Instância assim resumiu o litígio:

Com fulcro no Regulamento do Imposto sobre Produtos Industrializados (RIPI/2010), aprovado pelo Decreto nº 7.212, de 15 de junho de 2010; consoante capitulação legal consignada nos autos, foi lavrado o auto de infração, em 20/12/2010, pelos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil Fernando Andrade Martins, Sérgio Renê Martinez e Sebastião Soares, para exigir R\$ 491.852,04 de Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), R\$ 337.057,69 de juros de mora calculados até 30/11/2010, R\$ 623.347,89 de multa proporcional ao valor do imposto, e R\$ 11.466.252,40 de multa regulamentar, o que representa o crédito tributário total consolidado de R\$ 12.918.510,02.

Consoante a descrição dos fatos, que remete ao termo de verificação, foi constatado o seguinte, resumidamente:

a) IPI lançado e não escriturado – diferença entre o imposto destacado nas notas fiscais e o escriturado no livro Registro de Saídas (janeiro, abril a julho e outubro de 2005);

b) Aproveitamento de créditos indevidos referentes ao valor do imposto destacado em notas fiscais emitidas pela empresa VALFILM Centro Oeste Indústria e Comércio Ltda., sendo que o destinatário que consta dos documentos é um estabelecimento diferente, EMPLASRIO Comércio de Embalagem Ltda., CNPJ 05.943.904/000255 (junho de 2005);

c) Aproveitamento de créditos indevidos relativos a notas fiscais não correspondentes a saídas efetivas dos produtos nestas descritos, com emissão de CETROPLAS Comércio de Embalagens – ME, CNPJ 07.179.935/000116, e REDENTOR SUDESTE DISTRIBUIDORA LTDA., CNPJ 05.648.826/000434, e sem imposto destacado em virtude de estes serem estabelecimentos comerciantes atacadistas de embalagens não optantes pela equiparação a industriais; documentos fiscais objeto de cartas de correção emitidas pela fiscalizada, mas sem a ciência dos emitentes das notas fiscais (janeiro a março e novembro de 2005);

d) Aproveitamento de crédito indevido alusivo a nota fiscal de entrada emitida pela fiscalizada que seria relativa a devolução de produto pela empresa PLASVIPEL que, intimada, respondeu não ter devolvido o produto adquirido e ter pago integralmente por este (fevereiro de 2005).

Quanto aos item “c” e “d”, é conveniente, a seguir, reproduzir excertos do termo de verificação.

Item “c”:

Aquisições de CETROPLAS:

“De plano, indevido mencionado crédito, pois, conforme consta das referidas notas fiscais, o emitente teria por atividade o “comércio atacadista de embalagens”, não optante a equiparado a industrial, nos termos do inciso II do Artigo 11 do Decreto nº 7212, de 15 de junho de 2010(Lei nº 4502/64, Artigo 42, inciso IV, Decreto ns 34/66, Artigo 22, alteração 1º), como faz prova a DIPJ, fls.229, relativa ao ano-calendário de 2005, coerentemente com o não destaque do imposto naqueles documentos.

De outro lado, o contribuinte emitiu cartas de correção, fls.199 a 211, na forma prevista no Artigo 327, § 1º, do citado Decreto nº 7212/2010, comunicando a falta de destaque do imposto.

No entanto, referido documento não produz os efeitos desejados pelo contribuinte uma vez que não contém a ciência do emitente das notas fiscais, exigido ao final do citado dispositivo regulamentar.

O exame destas notas fiscais revela sua imprestabilidade para comprovar a operação que nela se pretende seja registrada, quase sequenciais, não identificam o transportador, limitando-se a registrar “Próprio”, sem qualquer menção ao veículo utilizado.

À exceção das de número 000112 e 000113, fls.197 e 198, que indicam por vencimento “c/ apresentação”, todas as demais notas fiscais indicam por condições de pagamento “30DD” e informam expressamente a data de vencimento, enquanto as duplicatas, fls.212 a 222, correspondentes, indicam sempre por vencimento a data de emissão da nota fiscal.

Referidas duplicatas trazem indicação de que teriam sido pagas sempre nas datas de vencimento, ou seja, contrariamente ao indicado na nota fiscal, na data de emissão destas, enquanto na contabilidade do contribuinte nenhum pagamento foi registrado, como se vê de fls.230 e 231.

Conclui-se que as operações teriam sido realizadas em uma data, e nesta mesma data transportadas as mercadorias e pagas as duplicatas.

Além destas duplicatas, ainda que regularmente intimado a fazer prova dos pagamentos, fls. 223, o contribuinte deixou de apresentar qualquer outro documento capaz de comprovar a efetividade dos mesmos.

Neste sentido, incoerências inexplicáveis os dados da nota fiscal número 000046, fls.199, que tem por data de emissão 07 de novembro de 2005, e data de vencimento “07-12-05”, enquanto

a duplicata correspondente, fls.214, foi emitida e teria sido paga em "04/11/2005", anteriormente à própria emissão daquela.

Estranhamente as notas fiscais acima relacionadas indicam por endereço da emitente, CETROPLAS, Rua Itaparantim, 130, enquanto as duplicatas a elas correspondem indicam Rua Itapemirim, 130.

Não localizada a fornecedora, CETROPLAS, em seu domicílio fiscal, foi obtido junto ao escritório de contabilidade União Organização Contábil S/C Ltda., fls.239 a 241, os livros Registro de Entradas, fls.242 a 264, Saídas, fls.265 a 282, e Apuração do IPI e de Apuração do ICMS, com os registros relativos ao ano-calendário de 2005.

Com base nestes livros restou constatado que a CETROPLAS teria iniciado suas operações em setembro de 2005 e que sua maior fornecedora teria sido a pessoa jurídica - TIM - COMÉRCIO DE EMBALAGENS LTDA. inscrita no CNPJ sob nº 05.099.952/000128.

Não localizado o fornecedor, TIM, foi contatado, por telefone, seu contador EDER AUGUSTO DE REZENDE, em Belo Horizonte - MG., que se prontificou a encaminhar cópia de livros e documentos relativos ao ano-calendário de 2005, o que não foi feito até a presente data.

Escrituradas no livro Registro de Entradas nº 1 da CETROPLAS as notas fiscais emitidas pela TIM com numeração superior a 30.000, inexplicavelmente, são registradas no mencionado livro, fls. 255 e 259, duas (2) notas fiscais com número 1 (um), no valor de R\$ 1.827.398,71 e R\$ 1.220.732,17.

Outro fornecedor da CETROPLAS, a empresa EMPLASRIO COMÉRCIO DE EMBALAGENS LTDA., CNPJ 05.943.904/000255, com sede em Guaratinguetá, SP, tem como sócio (responsável perante o CNPJ) MARA MILENA SILVA PEDRÃO, esposa de MARIO OSCAR PEDRÃO, participante do capital social da CETROPLAS e como contador SÉRGIO DA COSTA MONTEIRO, à época, também contador do contribuinte sob ação fiscal.

Este fornecedor EMPLASRIO emitiu em setembro de 2005 cinco (5) notas fiscais para a CETROPLAS, todas sequenciais, fls. 273 a 277, fl. 251, no montante de R\$408.685,32.

Objetivando apurar a regular entrada dos produtos no estabelecimento foi o contribuinte intimado a apresentar o livro Registro de Controle da Produção e do Estoque Modelo 3, fls.286, o qual apresentou, em meio magnético, os registros de outro estabelecimento denominado "LUCCHESI ARTEFATOS PLÁSTICOS LTDA.", inscrito no CNPJ sob nº 04.969.472/000299.

Posteriormente, fls. 289 e 290, veio o contribuinte informar que "as informações constantes nos arquivos magnéticos atinentes ao livro modelo 3 controle e produção de estoque dos anos de 2005 e 2006 encontram-se corrompidas..."

Demonstra-se, desta forma, que a CETROPLAS não tinha condições de fornecer ao fiscalizado a quantidade de polietileno de baixa densidade (PEBD) especificada nas notas fiscais, em primeiro lugar porque nas notas fiscais emitidas pela TIM para a CETROPLAS não consta referido produto, e, em segundo lugar, porque por si só não são suficientes para comprovar a efetiva saída as duas notas fiscais de mesma numeração, 1 (um), escrituradas no livro Registro de Entradas.

Diante do exposto, é de se concluir que as notas fiscais acima relacionadas não correspondem a efetiva saída dos produtos nela discriminados, sujeitando-se o contribuinte sob ação fiscal a glosa dos créditos do IPI escriturados, além da penalidade prevista no Artigo 572, inciso II, do Decreto nº 7.212, de 15 de junho de 2010". (grifos do original)

Aquisições de REDENTOR SUDOESTE:

Da mesma forma, a emitente tem por atividade o comércio atacadista de embalagens, sendo não optante a equiparada a industrial, nos termos do Regulamento do IPI.

Ademais, as cartas de correção emitidas pelo sujeito passivo também não produziram os efeitos colimados, pois não houve ciência da empresa destinatária.

"Inobstante não assinado, o livro de Registro de Saídas, cópias às fls. 610 a 621, obtidas junto ao Técnico em Contabilidade Alexandre Bolonha Rodrigues, faz prova de que a pessoa jurídica emitente das relacionadas notas fiscais não escriturou por débito que seria correspondente àquelas saídas o IPI do qual o contribuinte sob ação fiscal pretende creditar-se.

Relativamente às notas fiscais número fls. 399 a 429, fls. 313 a 343, regularmente intimado, fls. 624 e 626, o contribuinte fez apresentar documentos que seriam comprovante do pagamento, não através do sistema financeiro, efetuado em 03 de março de 2005, no montante de R\$ 3.274.016,00.

Referido pagamento, contabilmente teve como contrapartida a conta 100121 Banco do Brasil COML C/C 38393, fl. 627.

No entanto, no extrato de referida conta bancária, fls. 628 e 629, a soma de todos os débitos registrados no dia 03 de março de 2005 não atinge o montante registrado na contabilidade, R\$ 3.274.016,00.

É de se registrar, ainda, que o contribuinte apresentou duplicatas cujo montante indica que todas as aquisições teriam sido pagas, igualmente à parte do sistema financeiro, enquanto na escrituração contábil, fls. 632 a 637, a conta "20090 Fornecedores Nacionais 000270 Redentor Sudeste Distribuidora Ltda" apresenta saldo credor na importância de R\$ 7.979.013,52.

Todas as notas fiscais indicam que o transporte teria sido realizado por Next Transportes Ltda ME, CNPJ 04.468.134/000354, com sede na Av. Damião Lins de Vasconcelos, 80, Guarulhos SP.

Conflitante com referida indicação a declaração de inatividade, relativamente ao ano-calendário de 2005, apresentada por alegado transportador, como fazem prova os documentos de fls. 622 e 623.

Coerente com a declaração de inatividade a informação, fls. 643, firmada pelo representante daquela transportadora, junto ao CNPJ, de que o estabelecimento inscrito sob nº 003 não realizou atividades no ano-calendário de 2005.

Por último, quanto a transportadora, em diligência, fls. 638 e 639, no endereço constante do sistema CNPJ da SRF, não foi localizado aquele estabelecimento.

Aquelas notas fiscais, quase todas sequenciais, em várias delas sem a indicação da data da saída dos produtos, seriam correspondentes ao fornecimento em volumes sempre superior a 20.000 kg, acondicionados em “pallets”, segundo a enciclopédia Wikipédia, estrado de madeira, metal ou plástico.

Daí, estranho a indicação de que os produtos teriam sido transportados por veículos da espécie VM/Fusca 1300, placa CXB, notas fiscais números 414, 486, 518, 557, 591 e 596; VW/Gol CL, placa GKM 7295, notas fiscais números 429, 471, 507 e 621, e Mercedes Benz/Ônibus, placa BXH 3513, notas fiscais números 427, 473, 509 e –623.

Mais irregular, ainda, a informação nas notas fiscais de número 399, fl. 313, 506, fl. 378, e 620, fl. 432, nas quais é indicado por veículo transportador placa MJR 5242, inexistente no sistema RENAVAM. Todo o exposto não pode levar a outra conclusão senão a de que referidas notas fiscais não correspondem a efetiva saída dos produtos do suposto estabelecimento emitente, sujeitando-se o contribuinte a penalidade prevista no Artigo 572, inciso II, do Decreto nº 7.212, de 15 de junho de 2010”.

Item “d”:

Devolução de PLASPIVEL:

“No desenvolvimento da ação fiscal foi constatado que o contribuinte emitiu, destacou e creditou-se do imposto, no valor de R\$ 3.975,00, a nota fiscal de entrada nº 004528, em 28 de fevereiro de 2005, fl. 293, tendo por remetente o estabelecimento inscrito no CNPJ sob nº 03.170.878/000163, PLASVIPEL LTDA.

Em atendimento aos termos de intimação de 25.08.2010, 15.09.2010 e 07.10.2010, fls.299 e 300, 304 e 305, 309 e 310, objeto do MPFD nº 08.1.90.002010025544, fl. 291, aquele contribuinte, PLASVIPEL LTDA EPP, fez apresentar cópia do comprovante de pagamento de fl. 303, e informar:

06.09.2010 fls.302 “ em anexo o comprovante de pagamento da nota fiscal nº 004440 de 18/02/2005, emitida pela empresa

COMERCIAL E INDUSTRIAL LUCCHESI LTDA., no valor de R\$ 83.475,00 ...”.

21.09.2010 fls.307 – “enviamos-lhes em anexo cópia autenticada da 3ª via (fisco/destino) da nota fiscal nº 004440 de 18/02/2005, emitida pela empresa COMERCIAL E INDUSTRIAL LUCCHESI LTDA., no valor de R\$ 83.475,00 (...), ..., pois a 1ª via (destino/remetente) não foi legalizada”.

13.10.2010 fls.311 – “1 – A 1ª via da nota fiscal nº 004440 emitida pela....., não foi entregue a empresa e por descuido a falta de atenção, o produto foi recebido através da 3ª via (fisco/destino) da nota fiscal que se encontra em nosso poder.

2 Os produtos adquiridos por meio da nota fiscal nº 0 04440 não foram devolvidos a Comercial e industrial Lucchesi Ltda, sendo pago conforme comprovante de pagamento anexo.”

Contrariamente ao comprovado pelo adquirente dos produtos, pagamento integral em 08 de março de 2005, a contabilidade do contribuinte registra o recebimento correspondente a esta operação, fls. 294 a 296, em três (3) parcelas.

Assim, diante do informado e comprovado pelo adquirente, inobstante a observação inserida manualmente a lápis, no verso da fiscal nº 004440, fls.292 verso, “MERCADORIA EM DESACORDO C/ PEDIDO”, nenhuma razão subsiste para emissão da analisada nota fiscal de entrada nº 004528, impondo-se como consequência a glosa do crédito do IPI escriturado no valor de R\$ 3.975,00”. (grifos do original)

Foi imposta multa regulamentar correspondente aos valores das mercadorias por utilização de notas fiscais irregulares, não correspondentes a efetivas saídas de produtos dos estabelecimentos emitentes.

Foi aplicada a multa de ofício básica de 75% no tocante ao mês de março de 2005, tendo sido, para os demais períodos de apuração, imposta a multa majorada de 150%.

Não foi formulada representação fiscal para fins penais com base na Portaria RFB nº 665/2010.

Notificada pessoalmente da exigência, em 22/12/2010, insubmissa, a contribuinte apresentou em 21/01/2011, a impugnação de fls.654/669, subscrita pelo representante legal da pessoa jurídica, em que aduz, em síntese, que:

1. Preliminarmente, há a decadência a considerar para os fatos ocorridos de janeiro a dezembro de 2005, tendo sido lavrado o auto de infração somente em 22/12/2011 e sendo o IPI sujeito ao lançamento por homologação; o prazo para a Fazenda Pública realizar o lançamento tributário esgota cinco anos após a ocorrência do fato gerador, nos termos do CTN, art. 150, § 4º; a inexistência de dolo ou fraude, circunstâncias que interrompem o prazo decadencial, é demonstrada no processo administrativo,

estando as provas materiais (extratos bancários, comprovantes de pagamento e notas fiscais de saída) ainda em poder da fiscalização para apuração referente ao IRPJ;

2. O lançamento tem efeito de confisco, sendo 90% do valor do lançamento correspondente a multa regulamentar; apenas R\$ 491.852,04 dizem respeito ao valor não recolhido a título de IPI; a falta de comprovação do pagamento pela impugnante não implica necessariamente a inexistência da operação e a inidoneidade de fornecedores; os atos praticados pela empresa não caracterizam fraude ou dolo, mas sim incapacidade técnica e intelectual dos responsáveis pela empresa; pede o cancelamento das multas aplicadas de 150% por falta de razoabilidade e proporcionalidade e protesta pela juntada de todos os documentos retidos pela autoridade fiscal durante a ação fiscal para comprovação das alegações, sob pena de cerceamento do direito de defesa do contribuinte;

3. Quanto ao IPI lançado e não escriturado, trata-se de erro na escrituração dos livros fiscais ocasionado por problemas no sistema integrado da impugnante que passou por muitos problemas no departamento contábil;

4. A indicação de destinatário diverso da impugnante nas duas notas fiscais emitida por VALFILM representa apenas um erro formal no preenchimento dos documentos fiscais pelo emitente e não inidoneidade documental, tendo sido comprovada a entrada por duplicatas quitadas, pagamentos e extratos bancários apresentados; foram desconsideradas as cartas de correção apresentadas à fiscalização;

5. Os créditos das aquisições da empresa CETROPLAS foram desconsiderados por esta ter atividade de comércio atacadista de embalagens, não optante à equiparação a industrial, porém há o art. 17 do “referido dispositivo legal”:

“Art. 17. Sairão do estabelecimento industrial com suspensão do IPI as MP, PI e ME destinados a estabelecimento que se dedique, preponderantemente, à elaboração de produtos classificados nos Capítulos 2 a 4, 7 a 12, 15 a 20, 23 (exceto códigos 2309.10.00 e 2309.90.30 e Ex01 no código 2309.90.90), 28 a 31 e 64, no código 2209.00.00 e 2501.00, e nas posições 21.01 a 2105.00 da TIPI, inclusive aqueles a que corresponde a notação NT (não-tributados). (Redação dada pela IN SRF 342, de 15/07/2003).

“§ 1º Para fins do disposto neste artigo, as empresas adquirentes deverão declarar ao vendedor, de forma expressa e sob as penas da lei, que atendem a todos os requisitos estabelecidos.

“§ 2º As MP, PI e ME importados diretamente por estabelecimento industrial fabricante de que trata este artigo serão desembaraçados com suspensão do IPI, ficando o desembaraço com suspensão do imposto condicionado à apresentação, pelo contribuinte, de cópia, com recibo de entrega, da informação a que se refere o § 3º.

“§ 3º O estabelecimento adquirente de que trata este artigo deverá informar, sem formalização de processo, à Delegacia da

Receita Federal (DRF) ou à Delegacia da Receita Federal de Fiscalização (Defic) de seu domicílio fiscal os produtos que elabora e as MP, PI e ME que irá adquirir nos mercados interno e externo”;

A suspensão não se aplica às hipóteses do art. 23 da IN 296/03:

“Art. 23. O disposto nesta Instrução Normativa não se aplica: (Redação dada pela IN SRF nº 429, de 21/06/2004)

“I - às pessoas jurídicas optantes do Sistema Integrado de Pagamento de impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples);

“II - a estabelecimento equiparado a industrial, salvo quando se tratar de estabelecimento comercial equiparado a industrial! pela legislação do IPI, na operação a que se refere o art. 4º.

“III - a estabelecimento equiparado a industrial, salvo quando se tratar da hipótese de equiparação prevista no art. 4º. (Redação dada pela IN SRF 429, de 21/06/2004)”;

Conforme doutrina e jurisprudência, não cabe aos atos normativos infralegais estabelecerem restrição ao exercício de direitos conferidos por lei, segundo o princípio constitucional da legalidade;

O Decreto Lei 2.303/86 possui força normativa de Lei ordinária. Ao conceder o benefício fiscal, não estabeleceu qualquer restrição com relação ao prazo da entrega da declaração do contribuinte. A instrução normativa ao limitar no tempo o exercício do direito concedido pelo referido Decreto Lei Extrapolou seu papel regulamentar, ofendendo o Princípio da Legalidade”;

6. Continua a impugnante acerca da glosa desses créditos: “Desta forma, o crédito é legítimo e a glosa dos créditos referentes as notas fiscais discriminadas na folha 4 do termo de verificação não deve prevalecer ante a legalidade apontada. Ainda no tocante as evidências da inexistência do fornecedor, estamos diante de uma situação mercantil na qual todas as formalidades foram cumpridas pelo impugnante acreditando estar diante de empresa idônea, configurando assim a sua boa-fé. Percebe-se ainda no parágrafo 5 da fl 05 do Termo de Verificação. Que a bagunça interna da empresa chega a ser inacreditável. Assim narra o Nobre Auditor “incoerências inexplicáveis os dados da nota fiscal número 000046, fls.199, que tem por data emissão 07 de novembro de 2005, e data de vencimento 07/12/05, enquanto a duplicata correspondente, fls.214, foi emitida e teria sido paga 04/11/2005, anteriormente a própria emissão daquela” realmente a falta de atenção e procedimento na condução dos trabalhos fiscais nos lançamentos faz com que tudo pareça ato pensado, mas realmente o que gerou tal erro foi a “falta de pensamento” e não dolo do responsável pela contabilização. Quanto a Empresa Emplasar tal fato apenas faz prova contra o emitente da nota

fiscal e não contra a impugnante. (protesta pela juntada de todos os documentos fiscais por estarem retidos pela fiscalização). Afirma ainda que foi constatado que o contribuinte destacou e creditou imposto no valor de R\$ 3.975,00 (três mil novecentos e setenta e cinco reais) nota fiscal nº 004528 em 28 de fevereiro de 2005, tendo por remetente a Empresa Plastivel Ltda. Em atendimento a empresa fez apresentar comprovante de pagamento no valor de R\$ 83.475,00 (oitenta e três mil e quatrocentos e setenta e cinco reais). Ora todos os fatos narrados apenas tem o condão de comprovar que, o pagamento ocorreu, a empresa existe e a relação comercial foi uma “bagunça só”, isso por só tem o condão de demonstrar que trata-se de documento idôneo apesar da glosa do crédito (sic);

7. No tocante à empresa REDENTOR SUDESTE: “Por fim quanto a Empresa Redentor Sudeste Distribuidora Ltda, “inobstante a glosa do crédito” devemos ter certa cautela em desconsiderar a validade dos documentos fiscais pelos seguintes fatos, vejamos :

Primeiro : O Impugnante é empresa estabelecida na Cidade de Guaratinguetá e exerce a sua atividade Comercial desde meados do ano 70, desta feita não estamos diante de uma “boca de lixo” ou “ Empresa de Fachada “.

Segundo : O impugnante emprega mais de 250 funcionários diretos e 100 indiretos os quais possuem emprego fixo e vivem do faturamento da Empresa decorrente de Empresas de Grande porte tais com Vigor, Basf, Monsanto etc.

Terceiro : Os fatos descritos no libelo acusatório especificamente nas operações Mercantis envolvendo a Empresa Redentor Sudeste e Distribuidora Ltda, tentam imputar ao Impugnante atos de caráter ilícito bem como conhecedor da condição do fornecedor.

Quarto: Estamos falando de Empresa do Ramo plástico na qual tem seu lucro na “boa compra da matéria prima” que varia de acordo com demanda interna e ainda com o dia do mês. Assim tendo caixa para suportar seu ônus financeiro é de praxe deixar para adquirir no final do mês momento em que os distribuidores estão necessitados em liberar suas mercadorias. O que tem o condão de justificar a emissão no mesmo dia.

Quinto : As duplicatas foram apresentadas devidamente quitadas, ou seja, o pagamento ocorreu, “em dinheiro”, “por fora”, mas o fato é que ocorreu. Cabe salientar ainda que realmente alguns dissabores ocorreram com o fornecedor, mas todas as obrigações mercantis foram honradas pela Impugnante. Ademais estamos diante de um volume considerável, assim se houve a saída obviamente ocorreu a entrega do material e sua produção. Conforme dispõe o Nobre Auditor fiscal às fls.10 e 11 do Termo de Verificação: “relativamente às notas fiscais números 399 a 429; 313 a 343, regularmente intimado; 624 e 626, o contribuinte faz apresentar documentos que seriam comprovante do pagamento, não através do sistema financeiro, efetuado em 03 de março de 2005, no montante de R\$ 3.274.016,00. Referido pagamento contábil teve como contra

partida a conta a conta 100121 Banco do Brasil Coml c/c 38393 fls.627. No entanto, no extrato da referida conta bancária, a soma de todos os débitos não atinge a soma de todos os débitos não atinge R\$ 3.274.016,00. É de se registrar, ainda, que o contribuinte apresentou duplicatas cujo montante indica que todas as aquisições teriam sido pagas, igualmente à parte do sistema financeiro, enquanto na escrituração contábil fls.632, 637. a conta “20090 Fornecedores Nacionais 000270 Redentor Sudeste Distribuidora Ltda “ apresenta saldo credor na importância de R\$ 7.979.013,52 (sete milhões novecentos e setenta e nove mil treze reais e cinquenta e dois centavos).” Obviamente que a operação existiu, que a mercadoria foi entregue e que houve a transação financeira. A modalidade de pagamento apenas pode levar a outra infração legal mas não a falta da entrega da mercadoria. Protesta pela juntada de todos os documentos por estarem retidos pela fiscalização. Ainda sim no tocante a inidoneidade dos documentos. Em recente decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça o ilustre ministro Luiz Fux, em processo no qual foi relator, argumentou que:

“Os atos praticados pela Receita Federal não procedem porque o STJ entende que o ato declaratório de inidoneidade só produz efeitos a partir de sua publicação.

“O comerciante de boa-fé que adquire mercadoria cuja nota fiscal emitida pela empresa vendedora posteriormente seja declarada inidônea pode engendrar o aproveitamento de crédito do ICMS pelo princípio de não cumulatividade, uma vez demonstrada a veracidade de compra e venda efetuada”.

O Ministro salientou ainda que a jurisprudência das Turmas de Direito Público é no sentido de estabelecer que o comerciante que compra mercadoria com nota fiscal posteriormente declarada fraudulenta é considerado terceiro de boa-fé, situação que autoriza o aproveitamento do crédito de ICMS, desde que fique demonstrada a existência real de compra e venda efetuada, conforme determinado pelo artigo 136 do Código Tributário nacional (CTN).”

O dispositivo no referido artigo não dispensa o contribuinte, empresa compradora, da comprovação de que as notas fiscais declaradas correspondem a negócio efetivamente realizado. Para o Ministro, cabe ao comprador de boa-fé exigir, no momento da celebração do negócio jurídico, a documentação que comprove a regularidade do vendedor, “ cuja verificação de inidoneidade incube ao fisco, razão pela qual não incide o artigo 136 do CTN, segundo o qual, salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação independe de intenção do agente ou do responsável e de efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato”.

Assim não pode ser o Impugnante lesado por fato que não tinha obrigação de saber (sic) ”.

8. Quanto à multa proporcional ao valor da mercadoria, esta é indevida, pois inexistente a incidência de multa se não houver ato

ilícito principal, sendo que o evidente intuito de fraude não pode ser presumido e deve ser demonstrado pela fiscalização; o art. 97 do CTN restringe qualquer penalidade fundada em atos normativos da Administração Pública, tais como Instruções Normativas, Atos Declaratórios, Portarias, etc.;

9. O evidente intuito de fraude também supõe demonstração pela fiscalização para a exasperação da multa de ofício, de 75% para 150%, conforme precedentes do Conselho de Contribuintes; o ato foi oriundo de negligência (culpa) e não de dolo, e a impugnante não tem o dever de fiscalizar os fornecedores, tendo tomado as providências necessárias relativas às relações comerciais.

Por fim, repisa a argumentação e requer que seja recebida a impugnação com o acolhimento das preliminares de nulidade ou então a apreciação do mérito, com a decisão de improcedência da autuação; requer, subsidiariamente, o reconhecimento do caráter confiscatório da multa aplicada e a concessão de prazo para a juntada de documentos retidos pela fiscalização, ainda em poder desta para exame quanto ao IRPJ."

Conforme ementa reproduzida anteriormente, a DRJ manteve o lançamento.

No recurso, resumiu, inicialmente, as alegações:

Assim, a Recorrente intimada do presente auto de infração, apresentou sua impugnação administrativa, arguindo em síntese a decadências do crédito tributário, a inconstitucionalidade da multa aplicada caracterizando um verdadeiro confisco, que as divergências se deram em razão de erro em sua contabilidade, e por fim o direito constitucional da não cumulatividade tendo em vista a Contribuinte ser terceira de Boa-fé, fato este que foi apreciado pela 2ª Turma de Julgamento de Ribeirão Preto, julgando pela improcedente a Impugnação, mantendo o crédito tributário constituído no auto de infração.

A seguir, tratou de cada assunto acima mencionado, requerendo o cancelamento da autuação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Antonio Francisco, Relator

O recurso é tempestivo e satisfaz os demais requisitos de admissibilidade, dele devendo-se tomar conhecimento.

Em linhas gerais, adotam-se no presente voto as razões contidas no acórdão de primeira instância, com supedâneo no art. 50, § 1º, da Lei n. 9.784, de 1999, à vista de a Interessada não ter trazido no recurso fatos novos que pudessem alterar a situação constatada pela Fiscalização.

Entretanto, cabe ressaltar e ressaltar o que segue.

No tocante à decadência, aplica-se a regra do art. 173, I, do CTN, à vista do disposto no Ricarf - Regimento Interno do Carf (Anexo II à Portaria MF n. 256, de 2009, com a redação dada pela Portaria MF n. 586, de 2010), art. 62-A.

A respeito da matéria, o Superior Tribunal de Justiça pacificou seu entendimento, como demonstra a ementa abaixo reproduzida (REsp 512840 / SP; Relatora: Ministra Eliana Calmon; DJ 23.05.2005 p. 194):

TRIBUTÁRIO - DECADÊNCIA - LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO (ART. 150 § 4º E 173 DO CTN).

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 CNT).

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. Em normais circunstâncias, não se conjugam os dispositivos legais.

4. Precedentes das Turmas de Direito Público e da Primeira Seção.

5. Recurso especial provido.

No caso dos autos, a Interessada não apurou saldos devedores no ano de 2005 (fl. 15), tendo havido compensação escritural com créditos não admitidos pelo Regulamento do imposto, uma vez que não satisfaziam as condições formais para escrituração.

Dessa forma, não se aplica ao caso dos autos o disposto no art. 124, III, do Regulamento:

Art. 124. Os atos de iniciativa do sujeito passivo, no lançamento por homologação, aperfeiçoam-se com o pagamento do imposto ou com a compensação do mesmo, nos termos dos arts. 207 e 208 e efetuados antes de qualquer procedimento de ofício da autoridade administrativa (Lei nº 5.172, de 1966, art. 150 e § 1º, Lei nº 9.430, de 1996, arts. 73 e 74, e Medida Provisória nº 66, de 2002, art. 49).

Parágrafo único. Considera-se pagamento:

I - o recolhimento do saldo devedor, após serem deduzidos os créditos admitidos dos débitos, no período de apuração do imposto;

II - o recolhimento do imposto não sujeito a apuração por períodos, haja ou não créditos a deduzir; ou

III - a dedução dos débitos, no período de apuração do imposto, dos créditos admitidos, sem resultar saldo a recolher.

Dessa forma, não tendo havido pagamentos antecipados, aplica-se o prazo do art. 173, I do CTN.

Já em relação à multa regulamentar, não há que se falar em lançamento por homologação, uma vez que toda multa somente pode ser lançada de ofício, aplicando-se ao caso somente o prazo do art. 173, I, do CTN.

Esclareça-se, ainda, que não se podem apreciar as alegações de inconstitucionalidade apresentadas pela Recorrente (efeito de confisco), à vista do disposto no art. 50 do Decreto n. 7574, de 2011, art. 62 do Ricarf e Súmula Carf n. 2 (Portaria Carf n. 106, de 21 de dezembro de 2009). Assim, cumpre à autoridade julgadora administrativa decidir as questões de aplicação de lei apenas no âmbito infraconstitucional.

Quanto ao IPI lançado e não escriturado, alegou a Interessada tratar-se de erro na escrituração dos livros fiscais ocasionado por problemas no sistema integrado.

Entretanto, tal alegação é irrelevante para o caso, uma vez que houve, de fato, falta de escrituração, situação que enseja a lavratura do auto de infração e a exigência de multa, que, no percentual de 75%, não exige conduta dolosa, à vista do que dispõe o art. 136 do Código Tributário Nacional. A questão da qualificação da multa será apreciada mais adiante.

Observe-se que tal dispositivo aplica-se, também, ao caso da multa regulamentar, uma vez que determina ser irrelevante à sua aplicação a “efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato”, questão que voltará a ser analisada.

Em relação aos créditos glosados, há que se esclarecer que, primeiramente, um documento fiscal pode ser inidôneo ainda que assim não tenha sido previamente declarado pela autoridade fiscal.

O ato declaratório tem apenas o efeito de tornar pública a inidoneidade dos documentos, podendo, no âmbito específico de uma ação fiscal, ser constatada a inidoneidade a partir de provas coletadas pela Fiscalização.

Além do mais, nos presentes autos, não se tratou apenas da identificação de documentos inidôneos, mas da coletânea de vários indícios e provas de que as operações não ocorreram ou de que, pelo menos, não ocorreram da forma descrita nas notas fiscais, o que é suficiente à glosa de créditos.

Note-se que é muito comum em casos como o dos presentes autos a apresentação da alegação de ser o contribuinte uma “vítima de boa-fé”.

Entretanto, é comum também que as várias circunstâncias que envolvem as operações simplesmente não apresentem coerência mútua. Quer dizer, a nota fiscal apresenta impropriedades, traz informações inverídicas sobre o frete, os pagamentos não são realizados como indicados, as empresas transportadoras ou os veículos não existem de fato etc.

Não se trata apenas de uma ou de outra divergência, mas de divergências sistemáticas, que afastam a possibilidade de se tratar de erro formal.

De fato, seria até possível que certas operações houvessem ocorrido, mas não da forma registrada nas notas fiscais e na contabilidade.

Nesses casos, o uso de notas fiscais inidôneas - assim consideradas por não corresponderem àquelas saídas nelas indicadas - não servem de prova a operações que ocorreram de forma diversa das nelas indicadas.

Se houve outras operações, como no caso de aquisição dos mesmos produtos de outro fornecedor (venda sem nota), as notas fiscais não servem para garantir o crédito em relação às operações efetivamente realizadas, pois, a rigor, tratar-se-ia de operações efetuadas sem emissão de documentos fiscais.

Esclareça-se que a argumentação acima apresentada é apenas uma hipótese, que não foi constatada especificamente no caso dos autos, mas representa uma das possibilidades que ocorrem no caso de emissão de documentos inidôneos.

Serve, assim, como exemplo do que poderia justificar procedimentos com documentação incoerente e do porquê o Regulamento do IPI exigir a fidelidade documental.

Tratando-se de notas fiscais que contêm dados inexatos, relativos a operações que não foram demonstradas a contento, inexistente possibilidade de aproveitamento de crédito.

O princípio aplica-se também aos demais casos de glosa.

Em relação às multas aplicadas, como já demonstrado anteriormente, a multa de 75% não exige configuração de dolo, apenas conduta que implique falta de declaração de recolhimento de tributo.

No caso específico do IPI, além da multa proporcional ao imposto devido, é cabível, por expressa disposição legal, a multa sobre o valor da mercadoria, nos casos de emissão irregular de nota fiscal, para o emissor e para quem se aproveitou dos créditos indevidamente.

Conforme esclarecido anteriormente, na forma do art. 136 do CTN, a infração pode ser considerada meramente formal, sem haver nesse fato contrariedade da lei com o Código.

Nessa matéria, como ficou demonstrado nos autos, os documentos que foram utilizados na escrituração dos créditos não correspondiam a efetivas saídas de mercadorias, razão pela qual é cabível a multa.

No que diz respeito à qualificação da multa, há duas situações distintas: a relativa às divergências entre as notas fiscais e a escrituração e à relativa aos créditos glosados.

Entretanto, o termo de verificação fiscal de fls. 18 e seguintes não mencionou a razão da qualificação da multa. Somente no auto de infração é possível verificar que apenas um período de apuração não foi objeto da qualificação.

Nesse contexto, por se tratar de ato administrativo plenamente vinculado (art. 142 do CTN) e exigir o Decreto n. fls.70.235, de 1972, art. 10, III e IV, a descrição do fato e a penalidade aplicável, a não fundamentação da qualificação da multa no auto de infração implica falta de motivação do ato para especificamente a qualificação da multa.

O acórdão de primeira instância considerou o seguinte:

Malgrado toda a argumentação articulada pela impugnante, sobre um hipotético erro de escrituração de débitos do imposto (no expediente de “escrituração calçada” sonegação) e sobre a efetividade de aquisições e de devolução de venda, fica patente

*que houve uma tentativa daquela de iludir o Fisco Federal com a redução dolosa de imposto devido e o aproveitamento também doloso de créditos de IPI, mediante notas fiscais não correspondentes a operações mercantis verdadeiras (simulação, fraude). A **característica sistemática** e a **duração considerável da prática** demonstra, inequivocamente, a intenção do agente em burlar a Administração Tributária e evitar o adimplemento das prestações pecuniárias nos prazos legais de vencimento.*

A característica da ação dolosa é o desejo consciente do agente pelo resultado e a assunção do risco de produzi-lo, sendo o dolo específico elemento subjetivo do tipo penal, isto é, a vontade do agente direcionada, com uma finalidade clara, à conduta antissocial.

Contudo, na graduação da pena, a autoridade fiscal deve levar em conta o elemento subjetivo, volitivo, agregado à conduta do particular, vislumbrado mediante elementos de prova diretos ou indiretos. Ai há margem para o juízo de valor. Observado o dolo, a multa punitiva deve ser majorada (150%).

Tal fundamentação, no entanto, não constou da autuação, descabendo à autoridade julgadora aperfeiçoar o lançamento.

Dessa forma, embora tenha ficado clara a intenção da Fiscalização de qualificar a multa de ofício aplicada, não houve descrição da conduta que a ensejaria na justificativa de sua imposição, razão pela qual ela, por motivos formais, não se sustenta.

À vista do exposto e adotando os fundamentos cabíveis do acórdão de primeira instância, com fulcro no art. 50, §1º, da Lei n. 9.784, de 1999, voto por dar provimento parcial ao recurso, para afastar a qualificação da multa de ofício proporcional.

(Assinado digitalmente)

José Antonio Francisco