



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS



Processo nº 10855.720676/2012-68
Recurso nº Especial do Procurador e do Contribuinte
Acórdão nº **9303-009.380 – CSRF / 3ª Turma**
Sessão de 15 de agosto de 2019
Recorrentes FAZENDA NACIONAL
UNIMETAL INDÚSTRIA COMÉRCIO E EMPREENDIMENTOS LTDA

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2007 a 31/12/2007

JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DA SÚMULA CARF Nº 108

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2007 a 31/12/2007

RECURSO ESPECIAL DE DIVERGÊNCIA. EXIGÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. INEXISTÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO.

A demonstração da divergência jurisprudencial pressupõe estar-se diante de situações fáticas semelhantes às quais, pela interpretação da legislação, sejam atribuídas soluções jurídicas diversas. Verificando-se ausente a necessária similitude fática, tendo em vista que no acórdão paradigma não houve o enfrentamento da mesma matéria presente no acórdão recorrido, não se pode estabelecer a decisão tida por paradigmática como parâmetro para reforma daquela recorrida.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional e, no mérito, em dar-lhe provimento. Acordam, ainda, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Especial do Contribuinte.

(documento assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas – Presidente em exercício.

(documento assinado digitalmente)

Andrada Márcio Canuto Natal – Relator.

Participaram da Sessão de Julgamento os conselheiros: Rodrigo da Costa Pôssas, Andrada Márcio Canuto Natal, Tatiana Midori Migiyama, Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Demes Brito, Jorge Olmiro Lock Freire, Érika Costa Camargos Autran e Vanessa Marini Cecconello.

Relatório

Cuida o presente processo de lançamento do IPI, ano calendário 2007, com a acusação de que a imunidade dos derivados de petróleo não alcançam seus produtos industrializados, coque de petróleo calcinado e não calcinado, pois classificam-se nos códigos 2713-11.00 e 2713.12.00 da TIPI, com alíquota de 4% de IPI. Em razão da infração cometida, foi necessário efetuar a reconstituição da escrita fiscal, resultando no lançamento dos saldos devedores apurados, acrescidos de multa proporcional e, para os períodos em que houve cobertura de crédito, foi lançada multa isolada.

O contribuinte apresentou impugnação ao lançamento, a qual foi julgada totalmente improcedente pela DRJ/Ribeirão Preto.

Seu recurso voluntário foi julgado por meio do acórdão nº 3402-003181, de 21/07/2016, o qual possui a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS IPI

Período de apuração: 01/01/2007 a 31/12/2007

NULIDADE. INEXISTÊNCIA.

Não há que se cogitar de nulidade do auto de infração lavrado por autoridade competente e com a observância dos requisitos previstos na legislação que rege o processo administrativo tributário.

PRAZO DE DECADÊNCIA SEM ANTECIPAÇÃO DO PAGAMENTO. REsp 973733/SC. ARTIGO 173, INCISO I DO CTN.

Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em se tratando de tributo sujeito ao lançamento por homologação e não havendo pagamento antecipado, o prazo de decadência deve ser contado nos termos do art. 173, inciso I, do CTN.

MULTA DE OFÍCIO. FALTA DE LANÇAMENTO DO IPI. IMPOSTO COM COBERTURA DE CRÉDITO.

Correta a imposição de multa de ofício, proporcional ao valor do imposto que deixou de ser destacado na nota fiscal de saída (imposto não lançado), mesmo havendo créditos para abater parcela desse imposto.

IPI. IMUNIDADE . DERIVADOS DE PETRÓLEO.

É vedado ao CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade (Súmula CARF n. 2). Assim, não é possível ao Tribunal Administrativo declarar a inconstitucionalidade de expressa determinação legal de tributação por alíquota positiva constante da Tabela de incidência de IPI (TIPI) de produtos que se enquadram como derivados de petróleo, sob o argumento de estarem abarcados pela imunidade tributária.

PRECLUSÃO. NÃO CONHECIMENTO DE MATÉRIA NÃO IMPUGNADA.

Nos termos do art. 17 do Decreto nº 70.235/72 considera-se preclusa a questão que não tenha sido suscitada expressamente em impugnação, de modo que sua colocação na peça recursal dirigida ao CARF não deve ser conhecida.

JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. NÃO INCIDÊNCIA.

Não incidem juros de mora sobre a multa de ofício, por carência de fundamento legal expresse.

Recurso voluntário parcialmente provido

Em face do referido acórdão, a Fazenda Nacional apresentou recurso especial de divergência, insurgindo-se contra a parte do acórdão que entendeu pela não incidência de juros de mora sobre a multa de ofício. O recurso foi admitido por despacho do então presidente da 4ª Câmara da 3ª Seção de Julgamento do CARF.

O contribuinte apresentou contrarrazões ao recurso especial fazendário, pedindo o seu improvimento.

Por sua vez, o contribuinte também apresentou recurso especial de divergência, insurgindo-se contra as seguintes matérias: 1) quanto ao cerceamento do direito de defesa e supressão de instância administrativa e da exclusão da autuação das operações com os produtos denominados comercialmente como "Unicarbo Graf"; 2) relativamente à decadência do direito de a Fazenda Pública constituir parcela do crédito tributário; 3) quanto à multa sobre o IPI não lançado, com cobertura de crédito; 4) quanto à suposta análise de constitucionalidade de normas tributárias; e 5) quanto a exigência do IPI sobre produtos com derivados de petróleo imunes pelo texto constitucional.

Por meio de despacho de admissibilidade, o então presidente da 4ª Câmara da 3ª Seção de Julgamento do CARF, deu seguimento parcial ao recurso especial do contribuinte somente sobre as matérias: 2) relativamente à decadência do direito de a Fazenda Pública constituir parcela do crédito tributário; e 5) quanto a exigência do IPI sobre produtos com derivados de petróleo imunes pelo texto constitucional.

Desta decisão o contribuinte apresentou agravo, sendo que a presidente da 3ª Turma da CSRF deu-lhe parcial provimento para acatar o seguimento da matéria: 1) quanto ao cerceamento do direito de defesa e supressão de instância administrativa e da exclusão da autuação das operações com os produtos denominados comercialmente como "Unicarbo Graf".

Em contrarrazões a Fazenda Nacional pede o improvimento do recurso especial do contribuinte.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Andrada Márcio Canuto Natal - Relator

Recurso Especial da Fazenda Nacional

O recurso especial de divergência da Fazenda Nacional é tempestivo e atende aos demais pressupostos formais e materiais ao seu conhecimento.

A insurgência da Fazenda Nacional refere-se à possibilidade de incidência de juros de mora sobre a multa de ofício. O acórdão recorrido entendeu que não existe sustentação legal para a exigência.

Como é sabido, esta matéria já está pacificada no âmbito dos julgamentos do CARF, por meio da Súmula CARF nº 108, *in verbis*:

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 129 de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).

Diante do exposto, voto por dar provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional.

Recurso especial do contribuinte

O recurso especial do contribuinte é tempestivo, porém não deve ser conhecido, conforme veremos abaixo em cada matéria que foi recebida.

1) Nulidade da decisão da DRJ. Cerceamento do direito de defesa e supressão de instância administrativa e da exclusão da autuação das operações com os produtos denominados comercialmente como "Unicarbo Graf"

Como visto no relatório, esta matéria somente foi admitida após agravo apresentado pelo contribuinte. Porém, penso que o acolhimento do agravo foi efetuado com equívoco. Para tanto, importante confrontar os aspectos fáticos e jurídicos do acórdão recorrido com os dois acórdãos paradigmas apresentados, acórdão 2402-005714 e 2402-004.494.

Acórdão recorrido

O contribuinte havia apresentado tempestivamente sua impugnação e, posteriormente, apresentou, fora do prazo, razões complementares de defesa e novos documentos com a intenção de comprovar o direito alegado em impugnação. No julgamento da impugnação, a turma da DRJ, por unanimidade, avalizou o seguinte entendimento do voto do relator, quanto a estas razões e documentos:

(...)

Em relação ao pedido formulado ao final da peça de defesa, de produção probatória adicional, **e à apresentação posterior das Razões Complementares de Impugnação de fls. 728/763 e dos documentos de fls. 764/788**, é preciso asseverar que o processo administrativo-fiscal é informado pelo princípio da concentração das provas na contestação, com o condão de mitigar a aplicação do princípio da verdade material, ou seja, uma vez que não há a previsão para a realização de uma audiência de instrução, como sói ocorrer no âmbito do processo civil, as provas de fato modificativo, impeditivo ou extintivo da pretensão fazendária, no caso de exigência tributária, **e as alegações pertinentes à defesa devem ser oferecidas pelo sujeito passivo na impugnação**.

(...)

Para justificar a apresentação das Razões Complementares de Impugnação e de documentos adicionais fora do prazo legal, a contribuinte, à fl. 739, **alega que ocorreu fato superveniente**, nos termos da alínea “b”, do parágrafo 4º, transcrito acima. **Entretanto, não ocorreu nenhum fato superveniente. O que ocorreu foi simplesmente a produção posterior de provas por parte da recorrente**. Os documentos juntados foram requeridos e formulados após o vencimento do prazo de preclusão estabelecido pelo PAF.

(...)

Com essas considerações sobre os documentos e as razões complementares da defesa, a turma entendeu por não conhecê-las em razão da preclusão processual prevista no § 4º do art. 16 do Decreto nº 70.23/72. Destaque importante para nosso entendimento final pelo não conhecimento: **a turma da DRJ manifestou-se expressamente sobre os documentos apresentados posteriormente à impugnação**.

O contribuinte, em seu recurso voluntário, reclama nulidade do acórdão da DRJ, por cerceamento do direito de defesa por não ter efetuado a análise de mérito dessas alegações e documentos complementares.

O acórdão recorrido, enfrentando expressamente esta matéria, negou provimento ao recurso voluntário, entendendo que não houve qualquer nulidade. Transcrevo abaixo trecho do voto:

(...)

Reclama a Recorrente que a DRJ não se manifestou acerca dos documentos juntados aos autos, além de não ter tomado conhecimento dos laudos produzidos pelo INT (posteriormente ao protocolo da impugnação) em razão da preclusão do direito para tanto. Tal atitude, no sentir da Recorrente, fere seu direito a ampla defesa, uma vez que os documentos apresentados extemporaneamente não adicionam nenhum novo argumento às razões trazidas em sua impugnação ao lançamento tributário. Também evoca o princípio da verdade material em seu favor.

Contudo, entendo que não assiste razão à Recorrente.

Isto porque embora a DRJ não tenha conhecido dos documentos apresentados extemporaneamente, o conteúdo dos documentos em si não influenciou as razões de decidir da instância a quo.

(...)

Agora, vejamos o contexto fático e jurídico dos acórdãos paradigmas:

Acórdão paradigma nº 2402-005714

Neste acórdão, a turma declarou a nulidade do acórdão da DRJ por ela **não ter se pronunciado** sobre as razões de defesa e documentos apresentados após a impugnação. Vejamos abaixo trechos do voto:

(...)

Compulsando os autos, verifica-se que, de fato, o contribuinte postulou previamente ao julgamento de primeiro grau, além do cancelamento da exigência já formulado quando da impugnação, a liberação da Declaração do Imposto de Renda Ano-Calendário 2009, Exercício 2010, "para que eu possa retificá-la, desta forma respeitando-se o meu direito", direito esse calcado, alegadamente, no reconhecimento de sua condição de portado de moléstia grave de acordo com laudo pericial do INSS que junto à ocasião (fls. 47/51).

Também é possível constatar que tal pleito foi completamente ignorado pelo Acórdão contestado, que sequer fez referência ou tangenciou a questão, ainda que fosse para concluir pelo seu não conhecimento.

Frise-se que **tampouco no relatório da decisão em questão é mencionada a entrega de tais documentos**, devidamente acostados ao processo. Com efeito, deveria ter a DRJ/JFA, além de relatar a entrega da petição em evidência, **ter se manifestado fundamentadamente acerca da possibilidade de conhecimento do pedido**, adentrando no exame de seu mérito, sendo o caso.

Nada disso ocorreu.

(...)

Conclusão inequívoca é que não há qualquer divergência de entendimento entre esse acórdão e o recorrido. Como visto, existem diferenças fáticas e jurídicas para o acórdão recorrido entender que não houve nulidade da decisão recorrida. Na decisão anulada da DRJ, no paradigma, não houve qualquer manifestação, sequer sobre o conhecimento dos documentos e razões apresentadas intempestivamente. Ao contrário no presente processo a DRJ manifestou-se expressamente sobre o conhecimento de tais documentos.

Acórdão paradigma nº 2402-004.494

Neste acórdão não houve documentos ou razões complementares apresentadas após a impugnação. A declaração de nulidade da decisão da DRJ deu-se por ela não ter enfrentado todas as questões **apresentadas na impugnação**. Portanto não tratou de preclusão. Vejamos sua ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2000 a 31/12/2006

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. CERCEAMENTO À GARANTIA DA AMPLA DEFESA. FALTA DE ANÁLISE DE ARGUMENTOS. JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NULIDADE. EVITAR SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

A ausência, em parte, de verificação, análise e apreciação dos argumentos apresentados na primeira instância pelo sujeito passivo caracteriza supressão de instância, fato cerceador do amplo direito à defesa e ao contraditório, motivo de nulidade. Esse entendimento encontra amparo no Decreto 70.235/1972 que, ao tratar das nulidades no inciso II do art. 59, deixa claro que são nulas as decisões proferidas com a preterição do direito de defesa.

Importa cerceamento ao direito de defesa o não enfrentamento pela autoridade de primeira instância das questões fáticas apresentadas em sede de impugnação, bem como em sede de recurso a matéria fática não exposta inicialmente na peça de impugnação (fato novo e superveniente), desde que haja motivo relevante exposto nos autos.

Decisão Recorrida Nula.

Vejamos agora, trecho do voto condutor do acórdão:

(...)

A decisão da DRJ (primeira instância) está fundamentada, de forma preponderante, na questão jurídica (dispositivos da lei), **sem analisar de forma suficiente a questão fática registrada na peça de impugnação**, eis que **não houve o enfrentamento**, dentre outros, **das seguintes questões singulares da controvérsia instaurada:**

(...)

Diante disso, entende-se que a decisão de primeira instância não está devidamente motivada, **eis que lhe faltou examinar as questões fáticas retromencionadas** (itens 1 a 5 do conteúdo deste Acórdão) **e sinalizadas na peça de impugnação**. Nesse particular não há outra solução a ser dada ao presente processo, anulando-se a decisão de primeira instância em decorrência da constatação do cerceamento a garantia da ampla defesa e da supressão de instância evidenciada nos autos.

(...)

Desta forma, como as situações fáticas e jurídicas encontradas nos acórdãos paradigmas não permite estabelecer a divergência de entendimento com o acórdão recorrido, voto por não conhecer do recurso especial do contribuinte em relação a esta matéria.

2) Decadência parcial do lançamento

Entendo que aqui também não houve a comprovação da divergência jurisprudencial. Analisemos o acórdão recorrido em confronto com os acórdãos paradigmas apresentados.

Acórdão recorrido

Analisando a decadência para os fatos geradores de janeiro/2007, o acórdão recorrido negou-lhe provimento, com o entendimento que, para o caso, o prazo decadencial a ser aplicado seria o do art. 173, I do CTN. Concluiu que para a aplicação do § 4º do art. 150 do CTN haveria que existir a antecipação do pagamento do tributo, situação inexistente nos presentes autos. Ratificou o seu entendimento com citação expressa do REsp 973.733/SC decidido pelo STJ, na sistemática dos recursos repetitivos.

Acórdão paradigma 201-81.004

Nesta acórdão, de fato houve decisão divergente. Decidiu-se, em síntese, que como o IPI é um tributo sujeito ao lançamento por homologação, o prazo decadencial aplicável deve ser o do art. 150, § 4º do CTN.

Ocorre, que esse acórdão foi proferido em sessão de 13/03/2008, data em que não havia ainda a decisão do REsp 973.733/SC decidido pelo STJ, na sistemática dos recursos repetitivos, utilizado como razão de decidir do acórdão recorrido. O acórdão do STJ somente foi publicado em 18/09/2009, em data posterior ao julgamento.

Assim, esse acórdão paradigma não serve para comprovar a divergência de entendimentos pois foi proferido em contexto jurídico bem diferente do acórdão recorrido.

Acórdão paradigma 9303-001658

Transcreve-se abaixo a ementa do acórdão:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS-IPI.

Exercício: 1998.

DECADÊNCIA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. APURAÇÃO DE SALDO CREDOR DO IPI EQUIPARA-SE A PAGAMENTO NOS TERMOS DO ARTIGO 124 DO RIPI/2002.

Equipara-se a pagamento do IPI, conforme o artigo 124 do RIPI/2002, a apuração do saldo credor do IPI, de sorte, que, neste caso, o prazo decadencial rege-se pelo artigo 150, §4º, do CTN.

A decisão deste acórdão foi que seria necessária a antecipação de pagamento para a aplicação do art. 150, § 4º do CTN. Assim, decidiu evidentemente em convergência com o acórdão recorrido. Veja o seguinte trecho:

(...)

O entendimento desta relatora sempre foi no sentido de que, nos termos do artigo 150, parágrafo 4o., do CTN o que se homologa é a atividade do contribuinte e não o pagamento, de tal forma que, para o julgamento, não interessava a ocorrência ou não do pagamento, todavia em vista da decisão do STJ a que este órgão está obrigado a seguir, há que se verificar se houve o pagamento.

(...)

Exatamente, um dos fundamentos postos pelo contribuinte, em seu recurso especial, é que o que se homologa não é o pagamento, mas a atividade de apuração do tributo realizada pelo contribuinte. Observa-se que a relatora concorda com esse argumento, porém não o aplica em face do julgamento do STJ. Confirma-se mais uma vez que neste ponto, os acórdãos são convergentes na aplicação da legislação tributária.

Para estabelecer a divergência de entendimento em relação a este acórdão, o recorrido deveria ter enfrentado a seguinte matéria: se "saldo credor de IPI" equipara-se a "pagamento". Esta matéria não foi enfrentada no acórdão recorrido e portanto-lhe falta, para o conhecimento do recurso, o requisito de ter sido prequestionada. Vejamos o que diz o Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015:

Art. 67. Compete à CSRF, por suas turmas, julgar recurso especial interposto contra decisão que der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria CSRF.

(...)

§ 5º O recurso especial interposto pelo contribuinte somente terá seguimento quanto à matéria prequestionada, cabendo sua demonstração, com precisa indicação, nas peças processuais.

Adicione-se o fato constante do acórdão recorrido de que a discussão decorre de auto de infração para exigência de IPI devido. Portanto, não é possível materialmente alegar a existência de saldo credor do imposto para justificar a sua equivalência ao pagamento, se inexistente saldo credor.

Com essas considerações, também não conheço do recurso especial do contribuinte em relação a esta matéria.

3) Exigência do IPI sobre produtos derivados de petróleo

O acórdão recorrido negou provimento ao recurso voluntário do contribuinte utilizando-se de dois fundamentos: 1) aplicação da súmula CARF nº 2 e 2) aplicação do art. 26-A do Decreto nº 70.235/72. Vejamos de que se trata:

Súmula Carf nº 2

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Acórdãos Precedentes:

Acórdão nº 101-94876, de 25/02/2005 Acórdão nº 103-21568, de 18/03/2004 Acórdão nº 105-14586, de 11/08/2004 Acórdão nº 108-06035, de 14/03/2000 Acórdão nº 102-46146, de 15/10/2003 Acórdão nº 203-09298, de 05/11/2003 Acórdão nº 201-77691, de 16/06/2004 Acórdão nº 202-15674, de 06/07/2004 Acórdão nº 201-78180, de 27/01/2005 Acórdão nº 204-00115, de 17/05/2005

Art. 26-A do Decreto nº 70.235/72:

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei

ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. **(Redação dada pela Lei n.º 11.941, de 2009)**

Pois bem, o único acórdão paradigma apresentado foi o de n.º 302-35.786, proferido em sessão de 15/10/2003. Assim, não teria como o acórdão paradigma ter aplicado nem a súmula Carf n.º 2 e nem o art. 26-A do Decreto n.º 70.235/72, pois inexisteriam na época em que foi proferido o acórdão.

Não consegui obter em que data foi publicada a Súmula CARF n.º 2, mas inevitavelmente foi editada após 17/05/2005, data do acórdão n.º 204-00115 que lhe serviu de precedente e está destacado acima na transcrição.

Por sua vez, o art. 26-A foi inserido no ordenamento jurídico pela MP n.º 449/2008, convertida na Lei n.º 11.941/2009.

Portanto, este acórdão também não serve para comprovar a divergência de interpretação da norma tributária.

Conclusão

- 1) Conheço e dou provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional;
- 2) Não conheço do recurso especial do contribuinte.

(documento assinado digitalmente)

Andrada Márcio Canuto Natal