



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo n° 10865.003659/2009-48
Recurso n° Especial do Procurador
Acórdão n° 9303-007.922 – 3ª Turma
Sessão de 24 de janeiro de 2019
Matéria 40.674.4162 - IPI - NULIDADE DO LANÇAMENTO - Inexistência de vício/vício formal versus vício material
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado DOHLER AMERICA LATINA LTDA.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2005

REGIMENTOS. RECURSO ESPECIAL. PARADIGMA. SITUAÇÃO FÁTICA DISTINTA. NÃO CONHECIMENTO.

Não se conhece do recurso especial de divergência quando não cumpridas as exigência regimentais e a situação fática dos acórdãos paradigmas não são similares às do aresto recorrido. No caso concreto não houve demonstração analítica das divergências e o acórdão recorrido trata de falta de provas de classificação de mercadorias vendidas enquanto os paradigmas indicados tratam de descrição e contextualização dos elementos de prova.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Especial.

(Assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas - Presidente em exercício.

(Assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Andrada Márcio Canuto Natal, Tatiana Midori Migiyama, Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Demes Brito, Jorge Olmiro Lock Freire, Érika Costa Camargos Autran, Vanessa Marini Ceconello e Rodrigo da Costa Pôssas (Presidente em exercício).

Relatório

Trata o presente processo auto de infração (e-fls. 02 a 014) referente ao Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI apurado no período de 01/01/2005 a 31/12/2005, no valor de R\$ 2.987.444,56, aí incluídos principal, multa de ofício e juros de mora (calculados até 30/10/2009). A contribuinte teve ciência da autuação em 26/11/2009

A autuação decorreu das seguintes infrações: 01) erro de classificação fiscal ou de alíquota para alguns produtos, implicando a falta de lançamento do imposto pela contribuinte; e 02) descumprimento das condições para usufruir do instituto da suspensão gerando saída de outros produtos, sem lançamento do tributo. O detalhamento das infrações encontra-se no termo de Constatação Fiscal, às e-fls. 44 a 49.

A empresa apresentou impugnação ao lançamento, às e-fls. 423 a 457, em 23/12/2009. Já a 3ª Turma da DRJ/BEL, em 24/09/2013, no acórdão nº 01-27.235, às e-fls. 815 a 832, apreciou a impugnação para considerá-la procedente em parte, afastando a primeira infração (erro de classificação ou alíquota), por falta de provas e mantendo o lançamento em relação à segunda infração (descumprimento das condições para suspensão). Em razão da parcela exonerada exceder ao limite de alçada disposto à época, houve encaminhamento de recurso de ofício ao CARF.

Irresignada, a empresa interpôs recurso voluntário ao CARF em 21/02/2014, às e-fls. 840 a 858, visando ao cancelamento da segunda infração - descumprimento das condições para suspensão do tributo -, argumentando, em apertado resumo, que, pela análise da legislação de regência, os pequenos erros formais no preenchimento das declarações dos adquirentes dos produtos, bem como o fato de algumas delas não cumprirem os requisitos para serem optantes pelo SIMPLES, ou que uma delas estivesse como inativa na DIPJ nos anos 2005/2006, não poderiam embasar tal infração, com repercussão na contribuinte de boa-fé, mormente quando algumas das adquirentes declaram atender a todos os requisitos aplicáveis ao caso, por não serem por ela cometidos; não estando ao seu alcance tais controles, caberia à fiscalização buscar elementos.

A 2ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da Terceira Seção de Julgamento, no acórdão nº 3202-002.454, apreciou os recursos em 27/01/2015, às e-fls. 902 a 913, concluindo pela denegação do recurso de ofício e do recurso voluntário. Tal acórdão teve as seguintes ementas:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS IPI

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2005

IPI. CONCENTRADOS PARA ELABORAÇÃO DE REFRIGERANTES. CLASSIFICAÇÃO.

Para que “extratos concentrados ou sabores concentrados” e “preparações líquidas” sejam classificados no “Ex 02” da posição 2106.90.10, deverá restar demonstrado que os mesmos foram utilizados para elaboração de bebida refrigerante do Capítulo 22 (condição 1) e apresentam capacidade de diluição de até 10 partes da bebida para cada parte do concentrado (condição 2).

IPI. SUSPENSÃO. CONDIÇÃO NORMATIVA.

Somente se faz autorizada a saída de produtos do estabelecimento industrial com a suspensão do IPI quando observadas as disposições normativas estabelecidas para a espécie, cuja inobservância implica a exigência do tributo devido na operação.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL
Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2005 ÔNUS DA PROVA.

O ônus da prova cabe ao Fisco, a quem compete investigar, diligenciar, demonstrar e provar a ocorrência do fato jurídico-tributário objeto do lançamento

O referido acórdão teve a seguinte redação:

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento aos recursos de ofício e voluntário. Fez sustentação oral, pela recorrente, o advogado Marcelo Miranda, OAB/SP nº. 247.111.

O relator da acórdão reconheceu a fiscalização não aprofundou as investigações para verificar se os produtos saídos do estabelecimento da contribuinte se destinavam a empresas que elaborariam bebidas do Capítulo 22 , do Ex 02 da TIPI. Por isso denegou o recurso de ofício quanto à primeira infração.

Já em relação a segunda infração, arrolou informações do acórdão recorrido que fundamentariam materialmente, a manutenção da autuação por descumprimento dos requisitos para suspensão dos tributos pela contribuinte.

Embargos de declaração da Fazenda

A Procuradoria da Fazenda Nacional foi intimada do acórdão nº 3202-002.454 em 09/02/2015 (e-fl. 914), e manejou embargos de declaração, às e-fls. 915 a 917, em 05/03/2015, alegando a existência de contradição no acórdão, no ponto em que este argumenta a falta de comprovação do fato gerador para denegar o recurso de ofício, mas o cancela em vez de anular por vício formal o lançamento da infração correspondente. Em 31/03/2014 o relator do acórdão embargado apreciou os embargos no despacho de e-fls. 936 a 938, concluindo por sua inadmissibilidade, procedendo apenas à mera correção de erro material apontado no voto. Em face desse despacho, A Presidente da 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da Terceira Seção de Julgamento, em 03/06/2016, à e-fl. 939, adotou as razões do despacho rejeitando os embargos conforme propostos, mas adotando a correção do erro material apontado.

Recurso especial da Fazenda

Cientificada da não admissibilidade dos embargos em 16/07/2015 (e-fl. 945), a Procuradoria da Fazenda Nacional interpôs recurso especial de divergência em 17/07/2015, às e-fls. 946 a 950. Naquele recurso, afirma que os acórdãos paradigmas nº 3201-00.248 e nº 203-09.332, para situações fáticas similares, confusa contextualização dos elementos de prova que visavam determinar o fato gerador da obrigação no primeiro caso e imprecisa descrição dos fatos, pela falta de motivação do ato administrativo, no segundo, implicariam nulidade do

lançamento, diversamente da solução adotada no recorrido que cancelou o item 01 do lançamento. A Procuradora finaliza com o pedido de que seja conhecido o recurso e lhe seja dado provimento para que se anule, por vício formal, o item 01 do Auto de Infração e lavrado um novo, revestido dos requisitos legais.

O então Presidente da 2ª Câmara da Terceira Seção de Julgamento, apreciou o recurso especial da Fazenda no despacho de e-fls. 952 a 954, em 12/05/2016, dando-lhe seguimento, por entender presentes o requisitos dos artigos 67 e 68 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343 de 09/06/2015.

Contrarrazões da contribuinte

Em 14/06/2016 (e-fl. 962), a contribuinte apresentou contrarrazões ao recurso especial de divergência da Fazenda, às e-fls. 963 a 973.

Preliminarmente, a contribuinte entende que não se deva admitir o recurso especial por falta de demonstração analítica da divergência pela Procuradora, haja vista que houve mera transcrição de ementas dos acórdãos paradigmas e estes teriam também substrato fático distintos do recorrido. O acórdão paradigma nº 3201-00.248, trata de pena de perdimento em razão da ocultação do verdadeiro responsável por importações, tendo o correspondente auto de infração sido anulado por divergências entre os valores apurados com base nas notas fiscais e os do lançamento, com equívocos no demonstrativo de cálculo. Já o aresto modelo nº 203-09.332 trata de cassação de imunidade de Fundação Hospital, em lançamento de Cofins, com fulcro em erro na fundamentação legal do auto de infração. Nenhum dos dois tem relação com fato gerador do recorrido ou classificação fiscal equivocada.

Quanto ao mérito, afirma que no auto de infração em discussão, houve classificação errada pela fiscalização resultando em erro material pela ausência de elemento essencial definido no art. 142 do CTN, referente ao próprio conteúdo do lançamento. Em que pese o ônus probatório do lançamento ser da fazenda, o contribuinte teria comprovado que seus produtos não poderiam ser classificados no Ex 02. A classificação errônea do Fisco importou na insubsistência material do auto de infração.

A contribuinte efetuou pagamento com relação à segunda infração, conforme informou à e-fl. 976, sem apresentar recurso especial de divergência com relação a parte do acórdão nº 3202-002.454 que lhe foi desfavorável.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos - Relator

O recurso especial de divergência da Procuradoria da Fazenda Nacional é tempestivo.

Conhecimento

O recurso especial de divergência da Procuradoria da Fazenda Nacional apreciou a questão sem, de fato, não fez qualquer demonstração analítica quanto às divergências entre os acórdão paradigmas e o recorrido, limitou-se a transcrever as ementas de

ambos, sem qualquer consideração quanto às situações fáticas estabelecidas naqueles casos. Senão vejamos

No caso do acórdão paradigma nº 3201-00.248, a Procuradora limitou-se a destacar na ementa:

"É nulo, por vício formal, o lançamento tributário quando não estiverem presentes todos os elementos do artigo 142 do Código Tributário Nacional, bem como, quando se constatar confusa contextualização dos elementos de prova que visavam determinar o fato gerador da obrigação..."

Já para o acórdão nº 203-09.332, igualmente contentou-se em grifar:

"NULIDADE POR VÍCIO FORMAL - A imprecisa descrição dos fatos, pela falta de motivação do ato administrativo, impedindo a certeza e segurança jurídica, macula o lançamento..."

E daí conclui, também com destaques:

Por outro lado, os acórdãos paradigmas sinalizam que a falha na descrição e na comprovação do fato gerador, ou seja, a contrariedade ao art. 142 do CTN gera nulidade por vício formal.

Ainda assim, caso as ementas fossem suficientemente claras para descrever a situação fática e apontar para critério jurídico diverso daquele utilizado na decisão recorrida, essa questão ficaria superada. Ocorre que verifica-se, no caso, diferenças fáticas essenciais, entre as questões discutidas no recorrido e nos paradigmas, que impedem a verificação da divergência alegada.

O aresto paradigma nº 203-09.332 fala destacadamente em imprecisa descrição dos fatos, que levaria à falta de motivação do ato administrativo do lançamento. A situação fática posta naquele acórdão, como contestado pela contribuinte, era de auto de infração para exigência de Cofins em razão de suspensão da imunidade daquele sujeito passivo, sem que o agente fiscal relatasse os motivos, apenas apoiado em outro processo que afastava tal imunidade para o mesmo sujeito passivo. Ou seja, muito distante da situação fática do acórdão recorrido.

Já quanto ao acórdão nº 3201-00.248, utilizado para admissão do recurso, ele afirma a confusa contextualização dos elementos de prova, não apenas em falta das provas. O aresto tratava de autuação para aplicação de multa equivalente ao valor aduaneiro das mercadorias importadas, pela impossibilidade de apreensão de tais mercadorias, envolvendo seis contribuintes solidários. A situação era de apuração dos valores aduaneiros, como base para as penalidades a serem aplicadas. Os valores apurados não foram adequadamente demonstrados e faltava suporte probatório na apuração da matéria tributável, ou seja, discutia-se a base de cálculo da multa.

Ora, o acórdão recorrido não afirma inexistir confusa contextualização, ou inexatidão dos valores apurados, mas em falta de adequada comprovação de que a correta classificação dos produtos tributados se daria no Ex 02 da posição 2106.90.10 da TIPI, ou sequer de que as empresas adquirentes não produzissem outros produtos que não refrigerantes. Além disso, ainda que a descrição levasse à classificação no Ex 02, não havia prova de que a

situação de fato fosse essa para todos os produtos; nem mesmo em relação à capacidade de diluição em 10 partes, requisito do Ex 02, houve adequada comprovação. Logo, também em relação ao paradigma nº 3201-00.248, parece-me não haver demonstração analítica de similaridade fática, até porque ela inexistiria, uma vez que não se trata de inexatidão na apuração da base de cálculo, mas de classificação para incidência da alíquota.

Dessarte, voto por não conhecer do recurso especial de divergência da Procuradoria da Fazenda Nacional, haja vista a falta de demonstração analítica exigida pelo Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343 de 09/06/2015, em razão da falta de similaridade fática dos paradigmas para com o acórdão recorrido.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto por não conhecer do recurso especial de divergência da Procuradoria da Fazenda Nacional.

(assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos