



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

Processo n° 10880.067839/93-22
Recurso n° 260.044 Voluntário
Acórdão n° **1201-00.697 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 08 de maio de 2012
Matéria Auto de Infração de IPI - Reflexo por omissão de receita
Recorrente FUNDIÇÃO GREGORI LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI

Ano-calendário: 1988

NULIDADE. INEXISTÊNCIA.

Existência dos requisitos do artigo 142 do CTN e aplicação da Súmula 8 do CARF quanto à competência da autoridade fiscal.

PASSIVO FICTÍCIO APURADO E RECONHECIDO. IPI. REFLEXO.

O contribuinte não trouxe provas nos autos que pudessem afastar a imputação fiscal, especialmente quanto ao passivo fictício, muito menos quanto à presunção de incidência do IPI, em razão da sua atividade industrial.

É fato que a Receita Federal quando do lançamento deve investigar e se basear em provas para a imputação fiscal, o que foi feito naquilo que lhe era acessível, também é fato que o contribuinte, para afastar as presunções, deve fazer a contraprova para afastar aquilo que fora considerado como incidência do IPI.

Havendo essa omissão por parte do contribuinte e, diante da apresentação de argumentos genéricos em seus petítórios, consubstancia a precariedade da defesa, que não afasta o lançamento.

MULTA CONFISCATÓRIA.

Quanto à multa confiscatória, cumpre destacar que esse E. Tribunal não pode se pronunciar quanto à matéria de inconstitucionalidade de norma, conforme Súmula n° 2 do CARF.

JUROS APLICADOS.

Quanto aos juros impugnados pelo contribuinte, no presente caso foi aplicado o disposto no artigo 2° do D.L. 1.736/79, alterado pelo Art. 16 do D. L. n° 2.323/87, com a redação dada pelo artigo 6° do D. L. n° 2.331/87.

A retórica quanto aos juros é de inconstitucionalidade, frente ao princípio da isonomia, o que repita-se, não pode ser apreciada em sede de processo

administrativo, conforme Súmula nº 2 do CARF, muito menos cabe se questionar a Selic, visto o disposto na Súmula nº 4 do CARF.

Recurso conhecido e não provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em NEGAR provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

FRANCISCO DE SALES RIBEIRO DE QUEIROZ - Presidente.

(documento assinado digitalmente)

RAFAEL CORREIA FUSO - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz (Presidente), Claudemir Rodrigues Malaquias, Rafael Correia Fuso, Marcelo Cuba Netto, Cristiane Silva Costa e Régis Magalhães Soares de Queiroz.

Relatório

Trata-se de Auto de Infração que cobra Imposto sobre Produtos Industrializados, relativos ao ano de 1988, como reflexos de outro processo administrativo em que julgou tributos federais sob o fundamento de omissão de receita (passivo fictício).

Vejamos os fatos conforme as transcrições trazidas no relatório da DRJ:

No encerramento da ação fiscal levada a efeito contra o sujeito passivo qualificado no preâmbulo, foi lavrado O Auto de Infração do Imposto sobre Produtos Industrializados (fl. 22), UFIRs, 12.315,76.

A descrição das infrações encontram-se nos Temos de Verificação, anexos, e a autuação é em decorrência de ter sido apurada omissão e receitas quando de auditoria fiscal correspondente ao IRPJ.

Os enquadramentos legais da(s) infração(ões) estão à fl.22.

Fazem parte integrante dos Autos de Infração, todos os termos e/ou documentos neles mencionados.

Cientificada, a autuada protocolou a impugnação do IPI de fls. 25 e 26, com documento anexo, fls. 27, na qual discorre sobre as seguintes alegações:

O lançamento da multa do IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS, efetuado pelo Sr. Agente fiscal decorreu de mero levantamento, sem contudo cotejar elementos contundentes para efetuação do trabalho fiscal cujo resultado certamente seria outro.

Com efeito, não concorda a defendente com a referida exigência fiscal, uma vez que o Sr. Agente fiscal concluiu os seus trabalhos não em dados concretos, baseando-se em levantamento contábil, sem dados suficientes para elaboração de seu trabalho.

A ação fiscal federal foi presumida, posto que o Sr. Agente fiscal não proporcionou a empresa à possibilidade de comprovar os fatos em seu favor, sem verificar se ocorreram realmente as faltas mencionadas, sem levantar a documentação e dados essenciais, pois levantamento impreciso não serve para apuração do imposto devido ao fisco, pois o mesmo estará cobrando mais do que devido.

O trabalho fiscal, assim, baseou-se exclusivamente em dados contábeis, sem contudo colher elementos significativos a sua disposição o que torna nula a autuação, uma vez que não se pode autuar por intuição, ou seja, por meros indícios, convém salientar que a defendente possui escrituração regular e sempre procurou observar as normas fiscais, a documentação solicitada pelo agente fiscal demanda tempo, posto que não depende da documentação regular da empresa, estando a defendente providenciando e localizando os documentos comprobatórios para futura diligência do Sr. Agente fiscal com acompanhamento de técnico da recorrente para a devida apuração, deduzindo-se os valores que não sofrem a incidência do imposto, portanto com base nestes elementos o fisco pode apurar o imposto devido. O trabalho está totalmente imperfeito devendo ser procedido novo levantamento mais específico.

Portanto, por simples presunção fiscal impossível autuar. Há de salientar que para apuração de qualquer imposto é necessário precisar o fato gerador, e o que é a renda líquida, bem como a base de cálculo para apuração do imposto, pois sem qualquer critério de apuração estará indiretamente confiscando, cobrando mais do que devido ao fisco o que é vedado pela Constituição Federal.

Assim sendo, a defendente requer seja o julgamento desta transformando em diligência para que novo levantamento seja procedido a fim de comprovar que realmente o auto de infração padece de erro, além de possibilitar a defendente ampla defesa, com a nomeação de um contador de sua confiança para acompanhar os trabalhos, e em consequência provar que meras dúvidas não podem representar caso de autuação. O interesse do fisco é receber o seu crédito, não mais que isso, portanto

imprescindível uma apuração dentro da realidade é não presumida quando há elementos para o trabalho fiscal. Há também um inarredável interesse do fisco de resguardar o contribuinte de um confisco.

Não concorda, ainda, a defendente com a foi na de calcular os juros de mora que supera o limite de 1 por cento ao mês previsto no artigo 161 parágrafo 1 do C.T.N., portanto qualquer juros acima desse patamar não atende a norma geral e constitucional.

O auto de infração é, totalmente, nulo não podendo prevalecer.

Por todo o exposto, requer seja julgada procedente a presente defesa, declarando nulo o auto de infração em questão, já que ele não reveste de liquidez e certeza, ou ainda transformando o julgamento em diligência para que novo levantamento seja efetuado.

A competência para julgamento deste processo foi transferida para a DRJ/BSB/DF, através da Portaria SRF nº 1.033, de 27 de agosto de 2002.

transcrito: A DRJ manteve em parte o lançamento fiscal, conforme voto abaixo

DO AUTO DE INFRAÇÃO — IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS.

Conforme já referenciado a(s) infração(ões) corresponde(m) a "omissões de receitas" constatadas quando em auditoria fiscal do Imposto de Renda -IRPJ, e daí, estendida a auditoria para a área do IPI, resultado a autuação com base nos dispositivos legais, à fl. 22.

Verifica-se na impugnação transcrita integralmente no relatório que a contribuinte não contestou expressamente a(s) infração(ões), pois se baseou em argumentos genéricos, como por exemplo, que a autuação foi com base em presunções fiscais. Requereu que o processo fosse baixado em diligência quando então apresentaria a documentação que entende necessária para a descaracterização das infrações, oportunidade em que os trabalhos do auditor diligenciante seriam acompanhados por contador de sua indicação.

Neste aspecto, vale registrar que após o advento da Lei nº 8.748/93, quando o seu artigo 1º, deu nova redação ao Art. 17 do Decreto nº 70.235/72, e que trata de matéria processual, portanto, com aplicação retroativa, não mais é admitido, nas impugnações a processos fiscais o uso do "Princípio da Negação Geral", expediente usado, na espécie, pela requerente.

Essa razão, por si só, já é suficiente para a manutenção integral das infrações com base no(s) dispositivo(s) legal(is) antes referenciado(s) que é(são) no sentido de:

"Considerar-se não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo sujeito passivo, admitindo-se a juntada de prova documental durante a tramitação do processo, até a fase de interposição de recurso voluntário".

Acréscimo, no entanto, que da análise que fiz das autuações, principalmente do que consta nos "Termos de Verificação números 1, 2, 3 e 4", não vislumbrei motivos que pudessem macular o lançamento. Por essa razão o lançamento deve ser declarado procedente ainda, porque nos autos existem todos os elementos e documentos necessários ao deslinde da pendência — e indefiro o pedido -de diligências.

Ao final de sua defesa, fl. 26, a autuada diz não concordar com a forma de cálculo dos juros que lhe estão sendo exigidos. Isto é, acima do limite de 1%, ao mês, previsto no art. 161 do CTN, o que não atende a norma geral e constitucional.

Em que pese os argumentos da contribuinte, é mister registrar que a exigência dos referidos está sendo efetuada na forma da lei ao contrário do entendimento da defendente, pois o art. 161 do Código Tributário Nacional determina:

"Artigo 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da sua falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia prevista nesta Lei ou em lei tributária.

§1º. Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados a taxa de 1% (um por cento) ao mês".

No presente caso foi aplicado o disposto no artigo 2º do D.L. 1.736/79, alterado pelo Art. 16 do D. L. nº 2.323/87, com a redação dada pelo artigo 6º do D. L. nº 2.331/87.

Também, foi indicado o Art. 54, parágrafo 2º da Lei 8.383/91, conforme transcritos à fl. 21 dos autos, legislação que trata da exigência dos juros de mora no período da autuação. A legislação correspondente à atualização monetária — Conversão/BTNF, também, está à fl. 21.

Adicione-se que a instância administrativa não é foro apropriado para discussões sobre a constitucionalidade das leis, pois qualquer apreciação sobre a constitucionalidade dos dispositivos consignados à fl. 21 dos autos e antes referenciados deve ser submetida ao crivo do Poder Judiciário que detém com exclusividade, a prerrogativa dos mecanismos de controle repressivo de constitucionalidade regulado pela própria Constituição Federal.

Sou de parecer que a(s) exigência(s) deve(m) ser mantidas na base tributável.

Porém, vale consignar por fim, que no cálculo do crédito tributário mantido (IPI) deve ser excluída a cobrança da TRD no

período de 04/02/91 a 29/07/91, conforme a IN SRF nº 32 de 09.04.97 e que a multa de ofício aplicada no percentual de 100%, deve ser reduzida para 75% conforme o disposto no Art. 44 da Lei no 9.430/96 e ADN-COSIT N° 01/97.

Em face do exposto, oriento o meu voto no sentido de que seja julgado procedente em parte o lançamento do Imposto sobre Produtos Industrializados, mantendo-se o seguinte valor originário em UFIRs e acréscimos correspondentes, sendo a multa reduzida para 75% e atentando para a exclusão da TRD no período de 04 de fevereiro de 1991 a 29 de julho de 1991.

Imposto sobre Produtos Industrializados, fl. 22 2.114,23 UFIRs.

Devidamente intimado da decisão da DRJ em 18/02/2008, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário em 06/03/2008, alegando em síntese que:

PRELIMINARMENTE

O auto de infração é nulo, vez que a forma como este foi feito não atende aos preceitos contidos no Código Tributário Nacional e da Constituição.

Não consta do auto de infração que o Auditor da Receita Federal esteja registrado no Conselho de Contabilidade, de forma que não se pode dizer se ele possui habilitação profissional.

Cabe salientar que o Auditor da Receita Federal deve ser habilitado profissionalmente para a realização da lavratura do auto de infração, já que a profissão de Contador encontra-se devidamente legalizada.

Note-se que a Constituição Federal exige a qualificação profissional que possibilita o exercício da profissão, como dispõe o artigo 5º, inciso XIII que dispõe que:

"É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer"

Ademais, mesmo que no cargo de Auditor da Receita Federal existam outros profissionais, como o economista e administrador de empresas, o lançamento tributário há de ser sempre realizado por inscritos no órgão profissional de classe, ou seja, Conselho Federal de Contabilidade.

Assim, o referido auto de infração é inexistente, não surtindo nenhum efeito jurídico, já que não se pode precisar que quem lavrou o auto de infração possui qualificação profissional, para efetuar o lançamento tributário. Devendo, desta forma, ser declarado nulo o lançamento por esse Primeiro Conselho de Contribuintes.

NO MÉRITO

A decisão não observou que o lançamento efetuado decorreu de omissão de receitas segundo o Auditor Fiscal, de modo que fica

evidente que o órgão julgador " a quo" pela natureza da infração deveria ter determinado a realização de diligências para verificação dos lançamentos.

Note-se que as autuações efetuadas pelo Auditor mostraram-se precipitadas, tendo em vista que ele sequer solicitou documentos e elementos a sua disposição para aferir a necessidade de autuar.

Não pode a autoridade administrativa atuar em mero indicio, mas deve procurar justificar a autuação, inclusive possibilitando a recorrente antes de autuar apresentar todos os elementos que dispõe para que o trabalho da fiscalização seja completo.

Saliente-se que para que haja a devida fundamentação do ato administrativo é de vital importância, que se possibilite ao contribuinte oferecer esclarecimentos e elementos, para que não haja a arbitrariedade.

Com a evolução doutrinária, nos dias de hoje, a lei instituiu a necessidade de que o ato jurídico administrativo seja devidamente fundamentado, o que significa que o Auditor Fiscal da Receita Federal tem que oferecer prova contundente de que o evento ocorreu na estrita conformidade da previsão genérica da hipótese normativa, para constituir o vínculo obrigacional. As demonstrações e informações fiscais que acompanham o auto de infração, não podem ser consideradas suficientes para o lançamento tributário, vez que tratam-se unicamente de indícios que não são suficientes para que se estabeleça o fato jurídico tributário, ou seja, a ocorrência da vida real que satisfaça a todos os critérios tipificadores da hipótese tributária.

Portanto, é evidente que, para que haja a devida fundamentação do ato administrativo de lançamento, se faz necessário que a notificação ou a abertura de termo de início de fiscalização para que o contribuinte possa trazer elementos, que completem o trabalho fiscal, sem necessidade de autuações indevidas e arbitrárias, simplesmente com base em indícios.

Diante disto, requer a esse Primeiro Conselho de Contribuintes anule o lançamento, vez que nulo é o auto de infração.

De outra parte, não concorda a recorrente com a aplicação da multa constante no auto de infração, devendo ser anulado esse lançamento por esse órgão julgador, pois a multa mostra-se confiscatória, não podendo ser aplicada.

Tal percentual fixado nos autos de infrações esbarra na proibição de confisco, consignada expressamente no art. 150, IV, da Constituição Federal, vez que a multa fiscal ou tributária não pode ser utilizada como expediente ou técnica de arrecadação, como verdadeiro tributo disfarçado.

Além disso, deve ser respeitado o princípio da individualização da pena é tradicional no direito penal; está até consagrado no

art. 5º , XLVI, da Constituição Federal, e que deve ser aplicado no direito tributário penal sem qualquer restrição.

Não se pode olvidar que o princípio da isonomia determina que cada indivíduo seja tratado pela lei diferentemente d e outro na medida em que se desregulem as suas situações jurídicas (art. 5º da Carta Magna), parece despropositado preverem-se multas iguais ao tributo (principal), de forma genérica e preconcebida, subvertendo a função, a finalidade e o efeito da sanção.

Destarte, deve ser estabelecida cancelada a multa ou reduzida de forma mais equânime e menos gravosa a recorrente, por esse órgão julgador.

Também, entende a recorrente que a forma de calcular os juros de mora supera o limite de 1% por cento ao mês previsto no artigo 161 § 1º do CTN, portanto qualquer juros acima desse patamar não atende a norma geral.

Ainda, não concorda , a recorrente com a aplicação da taxa SELIC como a forma de calcular os juros de mora, posto que a dívida é anterior a sua instituição, além do que entende ser inaplicável ante aos expresso termos do artigo 161, parág. 10 do Código Tributário Nacional, além do que tal taxa supera o limite de 1% por cento ao mês nele previsto, portanto qualquer juros acima desse patamar não atende a norma geral e constitucional.

De forma que, a recorrente jamais poderá concordar com a aplicação e o modo de calcular os juros de mora pelos equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia- SELIC, que não pode ser aplicada para fins tributários, já que inexistente lei, além do que supera o limite de 1% por cento ao mês previsto no artigo 161 § 1º do C.T.N. , violando a norma geral e constitucional, portanto, mostrando também confiscatória.

Fica evidente do exposto, que a lei deve se ater ao valor fixado no Código Tributário Nacional e na Constituição Federal de 12% ao ano, sob pena de haver usura pecuniária, que está ocorrendo no presente caso.

Voto

Conselheiro RAFAEL CORREIA FUSO

O Recurso é tempestivo e atende aos requisitos legais, tratando-se de matéria reflexa quanto à incidência do IRPJ, sob o fundamento de omissão de receita em passivo fictícios, entre outras imputações quanto a despesas, entendo que esta Colenda Turma da 1ª

Seção de Julgamento do CARF é competente para julgar a matéria, por isso conheço do Recurso.

Quanto ao mérito, entendo que a decisão da DRJ não merece reparos. Vejamos as alegações do Recorrente:

A) NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO

Com todo o respeito às alegações do contribuinte quanto à nulidade, mas o auto de infração de IPI foi constituído nos termos do artigo 142 do CTN, não existindo vícios, fundado em provas trazidas pela fiscalização, que apurou omissão de receita, exigindo o pagamento do IRPJ, e como reflexo, em razão do passivo fictício, exigiu pagamento do IPI, conforme auto de infração às fls. 19 a 22, onde aponta o fato gerador, como 31/12/1988, multa de 100% e juros de mora com base no DL 1736/79, alterado pelo DL 2323/87.

Ademais, é questão superada junto ao processo administrativo federal que o Auditor Fiscal, habilitado em concurso público, não precisa ser contador para exercer a atividade de fiscalização, conforme dispõe a Súmula nº 8 do CARF:

Súmula CARF nº 8: O Auditor Fiscal da Receita Federal é competente para proceder ao exame da escrita fiscal da pessoa jurídica, não lhe sendo exigida a habilitação profissional de contador.

Assim, a retórica apresentada pelo contribuinte quanto à nulidade é meramente protelatória e superada nessa Corte, não existindo nenhum vício que implique em nulidade o lançamento fiscal.

B) MÉRITO

Quanto ao mérito, também não assiste razão ao contribuinte.

Isso porque, ao invés de questionar o trabalho da fiscalização, o contribuinte deveria ter trazido aos autos provas que impugnassem o lançamento, para afastar a presunção quanto à incidência do IPI sobre o passivo fictício.

Não trazendo essas provas quando da fiscalização pelo auditor, muito menos em sua defesa ou recurso, não há como esse Tribunal afastar a imputação fiscal.

É fato que a Receita Federal quando do lançamento deve investigar e se basear em provas para a imputação fiscal, o que foi feito naquilo que lhe era acessível, também é fato que o contribuinte, para afastar as presunções, deve fazer a contraprova para afastar aquilo que fora considerado como incidência do IPI.

Havendo essa omissão por parte do contribuinte e, diante da apresentação de argumentos genéricos em seus petítórios, consubstancia a precariedade da defesa, que não afasta o lançamento.

Quanto à multa confiscatória, cumpre destacar que esse E. Tribunal não pode se pronunciar quanto à matéria de inconstitucionalidade de norma, conforme Súmula nº 2 do CARF:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Contudo, considerando que a DRJ reduziu a multa para 75%, nos termos da retroatividade benigna quanto à alteração da legislação, não há reparos a fazer nesse ponto quanto à decisão recorrida.

Por fim, quanto aos juros impugnados pelo contribuinte, no presente caso foi aplicado o disposto no artigo 2º do D.L. 1.736/79, alterado pelo Art. 16 do D. L. nº 2.323/87, com a redação dada pelo artigo 6º do D. L. nº 2.331/87.

A retórica quanto aos juros é de inconstitucionalidade, frente ao princípio da isonomia, o que, repita-se, não pode ser apreciada em sede de processo administrativo, conforme Súmula nº 2 do CARF, muito menos cabe se questionar a Selic, visto o disposto na Súmula nº 4 do CARF, que dispõe:

Súmula CARF nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Diante do exposto, CONHEÇO do Recurso e, no mérito, NEGO-LHE provimento, mantendo a decisão da DRJ.

É como voto!

(documento assinado digitalmente)

RAFAEL CORREIA FUSO - Relator