



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

Processo n° 10970.000080/2009-26
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3302-002.691 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de agosto de 2014
Matéria IPI
Recorrente IPIRANGA ASFALTOS S.A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2006

Ementa:

MPF EMITIDO POR MEIO ELETRÔNICO. PORTARIA RFB Nº 11.371, DE 2007.

A emissão do MPF em meio eletrônico é legítima e está de acordo com a Portaria RFB nº 11.371, de 2007.

DECADÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 173, INCISO I DO CTN. APLICAÇÃO DO ARTIGO 62-A DO ANEXO II DO REGIMENTO INTERNO DO CARF.

O prazo decadencial para constituição do crédito tributário rege-se pelo artigo 173, inciso I do CTN, quando inexistem pagamentos antecipados, conforme julgamento proferido pelo STJ, no REsp 973.733/SC, submetido à sistemática prevista no artigo 543-C do CPC, cuja decisão definitiva deve ser reproduzida no âmbito do CARF.

CONCOMITÂNCIA. AÇÃO JUDICIAL. SÚMULA CARF Nº 1.

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. ÔNUS DA PROVA

Incumbe à interessada o ônus processual de provar o direito alegado.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. SÚMULA CARF Nº 2. EXCEÇÕES PREVISTAS NOS ARTIGOS 62 E 62-A DO ANEXO II DO RICARF.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade, ressalvadas as hipóteses previstas nos artigos 62 e 62-A do Anexo II do RICARF.

MULTA DE OFÍCIO. LEGALIDADE.

A aplicação da multa de ofício no percentual de setenta e cinco por cento na constituição de crédito tributário de IPI é devida, de acordo com previsão legal no artigo 80, inciso I, da Lei nº 4.502, de 1964.

JUROS DE MORA. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC. SÚMULA CARF Nº 04.

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, conforme enunciado da Súmula CARF nº 04.

Recurso Voluntário Negado.

Crédito Tributário Mantido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros da Segunda Turma Ordinária da Terceira Câmara da Terceira Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, em não conhecer da matéria concernente à aplicação da imunidade prevista no artigo 155, §3º da Constituição Federal (emulsões asfálticas) e negar provimento ao recurso voluntário quanto às demais matérias, nos termos do voto do relator.

(assinado digitalmente)

Walber José da Silva
Presidente

(assinado digitalmente)

Paulo Guilherme Déroulède
Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Walber José da Silva, Maria da Conceição Arnaldo Jacó, Paulo Guilherme Déroulède, Fabiola Cassiano Keramidas e Alexandre Gomes. Ausente, justificadamente, o conselheiro Gileno Gurjão Barreto.

Relatório

Trata o presente de Auto de Infração de constituição de crédito tributário de IPI, relativo aos períodos de janeiro de 2004 a dezembro de 2006, cientificado em 13/03/2009.

Por bem retratar a realidade dos fatos, transcreve-se relatório do acórdão ora recorrido:

“Trata-se de Auto de Infração lavrado em decorrência da constatação de falta de recolhimento do IPI, por ter a empresa deixado de destacar o imposto nas vendas de emulsões asfálticas, produto classificado sob o código 2715.0000, sujeito à alíquota da 5% na TIPI, conforme relatado pelos auditores no Termo de Verificação Fiscal de fls. 21 a 23. Os valores do IPI que deixaram de ser destacados foram levantados segundo relação de notas fiscais de fls. 26 a 73, que, após reconstituição da escrita fiscal (fl. 24), resultaram nos valores exigidos na presente autuação (fls. 12 a 15).

A empresa ajuizou a Ação Declaratória Ordinária, processo 2006.34.00.0119250-4, com pedido de antecipação de tutela, visando obter a declaração de que os produtos asfálticos que industrializa, dentre eles as emulsões asfálticas objeto desta autuação, não se sujeitam ao IPI em virtude de seu enquadramento no conceito -de derivados de petróleo, o que os tornaria abrangidos pela imunidade de que trata o art. 155, § 3º, da Constituição Federal de 1988. A mencionada ação ordinária tramita perante a Justiça Federal, Seção Judiciária do Distrito Federal (cópias de peças às fls. 271 a 317), sem sentença de primeiro grau até a presente data, segundo consulta processual de fls. 578/5 80.

Quanto à antecipação da tutela pretendida pela autora, o pedido foi denegado em juízo de primeiro e de segundo graus (a autora interpôs agravo contra a decisão singular que denegou a antecipação da tutela, denegação confirmada pelo Tribunal da 1ª Região - fls. 310/313).

Em 14/04/2009 a requerente protocolou a impugnação de fls. 351 a 395 discordando do lançamento efetuado nos seguintes termos resumidamente:

- 1. requer, preliminarmente, a nulidade do Auto de Infração, em virtude de o MPF ter sido emitido por meio eletrônico, “o que gerou considerável insegurança para o sujeito passivo quanto à validade e veracidade daquele documento”;*
- 2. aduz que o Fisco desconsiderou as vendas para entrega futura, tributando tanto a nota fiscal de simples faturamento quanto a nota da entrega da mercadoria, o que ocasionou cobrança em duplicidade do imposto;*
- 3. alega que os lançamentos relativos aos fatos geradores ocorridos antes de abril de 2004 foram atingidos pela decadência, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN;*
- 4. aduz que os produtos que industrializa conceituam-se como derivados de petróleo, estando albergados pela imunidade conferida pelo art. 155, § 3º, da Constituição Federal;*
- 5. diante da equivocada constatação dos débitos do imposto, a fiscalização desconsiderou os créditos apurados quando das aquisições de insumos;*

6. alega que a fiscalização deixou de considerar o fato de a Impugnante ter direito ao creditamento de valores adquiridos quando da aquisição de insumos isentos, não-tributados ou tributados à alíquota zero;

7. requer a realização de perícia para comprovação de que os produtos asfálticos produzidos são derivados de petróleo, nomeando perito e apresentando quesitos;

8. finalizou sua defesa alegando que a multa de ofício aplicada possui caráter confiscatório e que a exigência dos juros de mora com base na taxa Selic é ilegal e inconstitucional.

Dentre as alegações apresentadas na defesa constava a informação de que o Fisco havia desconsiderado as vendas para entrega futura, tributando tanto a nota fiscal de simples faturamento quanto a nota da entrega da mercadoria, o que teria ocasionado a cobrança em duplicidade do imposto em relação às notas fiscais indicadas às fls. 504/505. Em virtude de a contribuinte ter deixado de juntar aos autos as cópias das notas fiscais relacionadas às fls. 504/505, o que impedia certificar a vinculação entre os documentos de forma a comprovar a duplicidade da cobrança do IPI, o processo foi baixado em diligência por intermédio do Despacho de fls. 516/517. Foi solicitado à fiscalização para certificar se, de fato, teria ocorrido cobrança do IPI em duplicidade, não apenas em relação às notas indicadas às fls. 504/505, mas, eventualmente, em relação a outras.

Em atendimento, a auditora fiscal confirmou a cobrança em duplicidade em relação às notas fiscais listadas na primeira página do Relatório Fiscal de Diligência, fls. 547/548. Os valores indevidamente exigidos foram excluídos dos débitos originalmente apurados (fl. 550). Após refeita a reconstituição da escrita fiscal ficou demonstrado que o montante de R\$ 12.142,12, em valor original, deve ser eximido do lançamento (fl. 551).

Devidamente cientificada dos resultados da diligência (fl. 552) a contribuinte apresentou as razões adicionais de defesa de fls. 553 a 572. Alegou que a diligência mereceria complementação, pois além da duplicidade reconhecida pela auditora fiscal permaneceu a duplicidade em relação à nota fiscal de nº 5771. No mais, apenas repisou os argumentos já apresentados na manifestação de inconformidade.

É o relatório, no essencial.

A Terceira Turma da DRJ em Juiz de Fora proferiu o Acórdão nº 09-28.379, nos termos da ementa que abaixo transcreve-se:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2004 a 28/02/2004

DECADÊNCIA.

Se a contribuinte não promoveu o confronto de débitos com os créditos do imposto, por não haver escriturado qualquer valor a débito, não há que se falar em recolhimento (“pagamento antecipado”), o que implica a aplicação do prazo estabelecido pelo art. 173, I, do CTN, em detrimento daquele disposto no an. 150, § 4º, do mesmo diploma legal.

ASSUNTO! PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2006

AÇÃO JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA.

Constatada a identidade de objeto, não pode a autoridade administrativa manifestar-se acerca de matéria submetida ao crivo do Poder Judiciário.

MULTA DE OFÍCIO E TAXA SELIC. INCONSTITUCIONALIDADE.

Descabe a apreciação, no julgamento administrativo, de aspectos relacionados à inconstitucionalidade ou à ilegalidade da multa de ofício e dos juros de mora exigidos com amparo em lei vigente.

Assumo: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI

Periodo de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2006

FALTA DE LANÇAMENTO. Ação JUDICIAL.

Devem ser objeto de lançamento de ofício os valores do IPI apurados pela fiscalização relativos às vendas de emulsões asfálticas (produto tributado) que não foram destacados nas notas fiscais de saídas nem declarados, deduzidos os créditos básicos cuja legitimidade foi comprovada. E, na ausência de medida judicial que implique a suspensão da exigibilidade, nos termos do artigo 151 do CTN, exigível a multa de ofício.

LANÇAMENTO EM DUPLICIDADE. CANCELAMENTO.

Deve ser cancelado o lançamento do imposto que, comprovadamente, foi exigido em duplicidade.

CREDITO DO IPI ALEGADO NA IMPUGNAÇÃO. AQUISIÇÃO DE INSUMOS ISENTOS, NAO-TRIBUTADOS OU TRIBUTADOS A ALÍQUOTA ZERO. IMPOSSIBILIDADE.

Não há como aproveitar, para deduzir imposto exigido em lançamento de ofício, supostos créditos do IPI oriundos de aquisições desoneradas. O direito ao crédito do imposto condiciona-se a que as aquisições de matérias-primas, produtos intermediários ou material de embalagem, utilizados no processo de industrialização, tenham sido efetivamente oneradas pelo imposto, excluindo-se, portanto, as aquisições de insumos isentos, não-tributados ou tributados à alíquota zero.

*Impugnação Procedente em Parte**Crédito Tributário Mantido em Parte*

A recorrente, cientificada em 31/03/2010, apresentou em 29/04/2010, recurso voluntário, alegando em síntese:

1. Nulidade do Auto de Infração em razão da forma de intimação do MPF, por ter sido emitido em meio eletrônico, tornando-se duvidosa o ato fiscalizatório;
2. Decadência do direito de lançar relativo a janeiro e fevereiro de 2004, pela aplicação do prazo previsto no artigo 150, §4º do CTN, mesmo não havendo pagamento antecipado;
3. Inexistência de concomitância com a ação judicial – necessidade de discussão se os produtos comercializados pela recorrente são derivados de petróleo e pedido de perícia para demonstrar que o produto que sai da refinaria e a emulsão asfáltica/asfalto modificado comercializados pela recorrente têm a mesma finalidade;
4. A necessidade de manutenção do crédito apurado decorrente da aquisição de insumos que foram absorvidos pela autuação;
5. A possibilidade de acúmulo e compensação de créditos de IPI surgidos na aquisição de insumos desonerados;
6. O caráter confiscatório da multa de ofício e da inaplicabilidade da taxa Selic como juros de mora.

Na forma regimental, o processo foi distribuído a este relator.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Guilherme Déroulède.

O recurso voluntário atende aos pressupostos de admissibilidade e dele tomo conhecimento.

DA NULIDADE: PRECARIÉDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO – DA FORMA DE INTIMAÇÃO DO MPF

A recorrente alega que os atos fiscalizatórios são de legitimidade duvidosa, por ter o MPF sido emitido em meio eletrônico, o que havia gerado considerável insegurança quanto à validade e veracidade daquele documento.

O argumento é descabido. Como bem assentado na decisão atacada, no Termo de Início de Ação Fiscal que amparou o procedimento foi informado o código de acesso ao MPF, para consulta ao MPF, no *site* da Receita Federal do Brasil, visando à verificação do auditor responsável pela fiscalização, do objeto da fiscalização, bem como do acompanhamento de suas prorrogações e alterações.

O artigo 4º da Portaria RFB nº 11.371, de 2007, esclarece quanto à ciência do MPF:

Art. 4º O MPF será emitido exclusivamente em forma eletrônica e assinado pela autoridade outorgante, mediante a utilização de certificado digital válido, conforme modelos constantes dos Anexos de I a III desta Portaria.

Parágrafo único. A ciência pelo sujeito passivo do MPF, nos termos do art. 23 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, com redação dada pelo art. 67 da Lei nº 9.532, de 10 de novembro de 1997, dar-se-á por intermédio da Internet, no endereço eletrônico www.receita.fazenda.gov.br, com a utilização de código de acesso consignado no termo que formalizar o início do procedimento fiscal.

Além do mais, apesar de a recorrente alegar tal insegurança, não constam dos autos qualquer documento ou menção, durante a fiscalização, que demonstrasse existir a dúvida quanto à legitimidade dos atos fiscalizatórios, pois que, aparentemente, respondeu a todas intimações, apresentando documentos, sem perquirir sobre a legitimidade do procedimento. Os atos praticados pela recorrente durante a fiscalização não são compatíveis com a alegada considerável insegurança e dúvida quanto à legitimidade do procedimento fiscal.

Em complemento, adoto os fundamentos da decisão recorrida, conforme §1º do artigo 50 da Lei nº 9.784, 1999, e afasto a preliminar aguida.

DECADÊNCIA DO DIREITO DE LANÇAR, POR APLICAÇÃO DO ARTIGO 150, §4º DO CTN.

A recorrente defende a aplicação do prazo decadencial de cinco anos a partir do fato gerador, pela aplicação do artigo 150, §4º do CTN, independentemente da existência ou não de pagamento antecipado.

A discussão sobre prazo decadencial em matéria tributária resta pacificada no STJ, com o julgamento do REsp 973.733/SC, submetido à sistemática prevista no artigo 543-C do CPC (recursos repetitivos). Esta decisão definitiva deve ser reproduzida nos julgamentos deste Conselho, por força da aplicação do artigo 62-A do Anexo II do RICARF. Transcreve-se a ementa:

:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incoorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponível, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).

5. In casu, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação ex lege de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos imponíveis ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001. 6. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo.

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

Assim, o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário dos tributos sujeitos a pagamento antecipado (lançamento por homologação) rege-se pelo art. 150, §4º do CTN, quando ocorre pagamento antecipado ainda que inferior ao efetivamente devido, sem que o contribuinte tenha incorrido em dolo, fraude ou simulação. Inexistindo pagamento ou ocorrendo dolo, fraude ou simulação, o prazo passa a ser regido pelo art. 173, inciso I do CTN (primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado), ou seu parágrafo único, se verificada a existência de medidas preparatórias indispensáveis ao lançamento.

Pontue-se ser incontroversa a inexistência de pagamento antecipado, devendo, portanto, ser aplicada a regra do art. 173, inciso I, do CTN. A ciência ocorreu em 11/03/2009, dentro do prazo decadencial para lançamento de ofício referente a janeiro de 2004, que se encerraria em 31/12/2009. Afasta-se, assim, a decadência argüida.

DA INEXISTÊNCIA DE CONCOMITÂNCIA COM A AÇÃO JUDICIAL – NECESSIDADE DE DISCUSSÃO SE OS PRODUTOS COMERCIALIZADOS PELA RECORRENTE SÃO DERIVADOS DE PETRÓLEO

Quanto ao mérito, a recorrente sustenta a necessidade de discussão em âmbito administrativo acerca da subsunção fática dos produtos comercializados à condição de derivados de petróleo. Posto isto, discorre sobre a teleologia da norma constitucional de imunidade e sobre o conceito de derivado de petróleo e de asfalto, concluindo, ao final, pela caracterização do asfalto em emulsão e dos asfaltos modificados como derivados de petróleo, para fins da imunidade prevista no art. 155, §3º da Constituição Federal.

Recordando, o Auto de Infração teve como objeto o lançamento de IPI não lançado em documento fiscal, relativo às saídas de emulsões asfálticas, classificadas no código 2715.00.00 da TIPI, em razão de a contribuinte tê-las considerado derivados de petróleo para fins de imunidade do art. 155, §3º da Constituição Federal de 1988.

Em análise da exordial da Ação Ordinária Declaratória com Pedido de Antecipação de Tutela nº 2006.34.00.0119250-4, destacam-se os seguintes trechos:

“As Autoras são empresas dedicadas à fabricação e distribuição de asfaltos em emulsão e outros produtos asfálticos utilizados em pavimentação, titulares de autorização emitida a ANP para distribuição de tais produtos (Docs. 01 e 05), apresentando-se para tanto como sujeitos da imunidade pertinente aos derivados de petróleo prevista no §3º do art. 155 da CF/88, incluído pela Emenda Constitucional 03/93.

...

Naquela ocasião, o Departamento Nacional de Combustível - DNC ratificou o entendimento no sentido de que o asfalto em emulsão, bem como os asfaltos modificados e oxidados, são considerados derivados de petróleo para fins de exclusão da incidência do IPI (Doc. 02).

...

Contudo, passados mais de dez anos e sem que tenha havido qualquer alteração legislativa relevante acerca do conceito de

derivado de petróleo, como do próprio texto constitucional, as empresas do segmento asfáltico passaram a ser surpreendidas com manifestações imotivadas (posto não houve alteração fática ou jurídica acerca da composição dos produtos asfálticos) da Secretaria da Receita Federal no sentido de que o IPI seria devido sobre tais produtos (Doc. O3). A motivação de tal entendimento vem sendo exteriorizada através de lavratura de autos de infração e respostas a consultas de contribuintes, estando “fundamentados” na alocação dos produtos asfálticos em classificações na TIPI que não contém a rubrica “NT” (não tributada), mas previsão de alíquota, ora 4% (NCM 2713.20.00), ora 5% (NCM 2715.00.00).

...

Nesse sentido que as Autoras visam, através da presente ação, demonstrar a aplicabilidade plena da imunidade prevista no §3º do art. 155 da CF/88 ao asfalto em emulsão e aos demais produtos asfálticos por elas fabricados (asfaltos modificados e oxidados), todos hidrocarbonetos derivados do petróleo, como forma de afastar qualquer incerteza acerca da impossibilidade de exigência do IPI sobre tais produtos.

...

II - DO DIREITO

II.1 - DA IMUNIDADE DO DERIVADO DO DE PETRÓLEO

II.1.1 - DA TELEOLOGIA DA NORMA CONSTITUCIONAL DE IMUNIDADE

...

II.1.2 – DO CONCEITO DE DERIVADO DE PETRÓLEO E O ASFALTO

...

Feito o esclarecimento, passa-se a análise dos asfaltos em emulsão. Estes nada mais são que “dispersões de cimento asfáltico em fase aquosa estabilizada com tensoativos, com ruptura variável.

...

III - DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

Em face dos fundamentos apresentados, verifica-se que os produtos comercializados pelas Autoras, asfalto em emulsão, “modificados” e oxidados, todos eles asfaltos, encontram-se abrangidos pela imunidade prevista no art. 155, §3º da CF/88.

...

IV - DO PEDIDO

Ao final, em face dos fundamentos elencados, julgar procedente o pedido das Autoras, declarando a não sujeição dos produtos asfálticos (asfaltos em emulsão, asfaltos modificados por polímero e asfaltos oxidados) ao Imposto sobre Produtos Industrializados IPI, em face de seu enquadramento no conceito de derivado de petróleo para fins da imunidade prevista no art. 155, §3º da CF/88.

Constata-se, de forma clara e precisa, a concomitância de objetos entre o processo judicial e o administrativo, na medida que, em ambos, a recorrente discute a aplicação da imunidade dos derivados de petróleo prevista no art. 155, §3º da Constituição Federal aos seus produtos, dentre eles, expressamente as emulsões asfálticas, classificadas neste processo no código 2715.00.00, e lançadas, justamente, devido ao não destaque do IPI nos documentos fiscais em razão do entendimento da recorrente.

Portanto, correta a declaração de concomitância efetuada na decisão recorrida. Verificada a concomitância, deixa-se de apreciar o recurso nesta parte. É o que dispõe o Decreto nº 7.574, de 2011, consolidando as normas do Processo Administrativo Fiscal, em seu art. 87:

Art. 87. A existência ou propositura, pelo sujeito passivo, de ação judicial com o mesmo objeto do lançamento importa em renúncia ou em desistência ao litígio nas instâncias administrativas (Lei nº 6.830, de 1980, art. 38, parágrafo único).

Parágrafo único. O curso do processo administrativo, quando houver matéria distinta da constante do processo judicial, terá prosseguimento em relação à matéria diferenciada.

No mesmo sentido, a Súmula CARF nº 1:

Súmula CARF nº 01:

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

Portanto, dada a prevalência das decisões judiciais sobre as administrativas, uma vez verificada a concomitância, deve ser declarada a definitividade do lançamento nesta parte, devendo a unidade administrativa prosseguir com o feito, conforme as decisões proferidas no processo judicial nº 2006.34.00.0119250-4.

DA NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DO CRÉDITO APURADO DECORRENTE DA AQUISIÇÃO DE INSUMOS

A recorrente argumenta que os créditos lançados em sua escrita fiscal, absorvidos pelo lançamento, devam ser retornados à escrita fiscal, para subsidiar posterior pedidos de compensação com outros tributos.

Ocorre que o pedido da recorrente é apenas consequência do resultado deste processo. Entretanto, dada a constatação da concomitância de objetos entre o processo

administrativo e judicial, deve-se considerar definitivo este lançamento, e, portanto, absorvidos, *a priori*, os créditos escriturados pela recorrente pelo débito apurado em razão do lançamento, conforme a reconstituição da escrita efetuada pela autoridade fiscal.

DA POSSIBILIDADE DE ACÚMULO E COMPENSAÇÃO DE CREDITOS DE IPI SURGIDOS NA AQUISIÇÃO DE INSUMOS DESONERADOS

Em outra vertente, a recorrente alega que a autoridade fiscal deixou de considerar créditos decorrentes da aquisição de insumos imunes, isentos e não tributados da atividade. Discorre sobre a tese da não-cumulatividade do IPI, bem como da jurisprudência do STF e transcreve doutrina a respeito.

Todavia, o lançamento efetuado neste processo foi apenas de IPI não destacado em documento fiscal, não ocorrendo qualquer glosa de crédito por parte da autoridade fiscal. É o que depreende-se da descrição da infração do Auto de Infração, assim como do Termo de Verificação Fiscal, em seu item 4, no qual está consignado que o Demonstrativo de Reconstituição da Escrita Fiscal, utilizou, além do IPI decorrente do não destaque, os créditos e débitos escriturados pela recorrente no Livro Registro de Apuração do IPI.

A recorrente, por sua vez, apenas argumenta que houve a desconsideração destes supostos créditos, mas não traz aos autos qualquer elemento que prove tal alegação. Ao contrário, todos os documentos integrantes do Auto de Infração demonstram que não houve qualquer glosa de créditos por parte da autoridade fiscal, o qual deduziu do lançamento os créditos escriturados pela recorrente.

Destaca-se, neste ponto, caber à recorrente o ônus de produzir as provas necessárias do respectivo direito alegado. É o que dispõe o Decreto nº 70.235, de 1972:

Art. 16. A impugnação mencionará:

(...)

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir; (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

(...)

§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que: (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

b) refira-se a fato ou a direito superveniente; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

§ 5º A juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nas alíneas do parágrafo anterior. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

O Código de Processo Civil, instituído pela Lei nº 5.869, de 1973, e adotado de forma subsidiária na esfera administrativa tributária, postula da mesma forma:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

(...)

Art. 396. Compete à parte instruir a petição inicial (art. 283), ou a resposta (art. 297), com os documentos destinados a provar-lhe as alegações.

Art. 397. É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos.

No caso, a recorrente traz matéria estranha ao lançamento, sem contudo comprovar a pertinência de sua argumentação, em face dos documentos e do objeto do Auto de Infração, que, em momento algum, apura infração relativa à glosa de créditos.

DO PEDIDO DE PERÍCIA

Como elaborado na impugnação, a recorrente repisa o pedido de perícia para demonstrar que o produto que sai da refinaria e a emulsão asfáltica/asfalto modificado comercializados pela recorrente têm a mesma finalidade.

Novamente, com acerto a decisão do colegiado *a quo*. Verificada a concomitância de objetos e não havendo dúvidas quanto ao produto comercializado pela recorrente e o aqui lançado ser emulsão asfáltica, expressamente mencionada no pedido da ação judicial, desnecessária se afigura a perícia requerida, pois a decisão judicial pautará a cobrança dos créditos aqui constituídos.

DO VALOR DA MULTA E DOS JUROS APLICADOS

A recorrente alega que a multa de ofício possui caráter confiscatório e ofende ao princípio da capacidade contributiva.

De plano, esclareça-se que a arguição de inconstitucionalidade de atos normativos deve ser formulada perante o Poder Judiciário, em vista da competência constitucional prevista nos arts. 97 e 102 da Carta Magna, sendo vedado a este conselho conhecer desta alegação, conforme artigo 59 do Decreto nº 7.574, de 2011, exceto nas hipóteses previstas nos artigos 62 e 62-A¹ do Regimento Interno, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 2009. Neste sentido, foi publicada a Súmula CARF nº 2:

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

Assim, a multa de ofício está prevista no artigo 80, inciso I, da Lei nº 4.502, de 1964, com redação dada pelo artigo 45 da Lei nº 9.430, de 1996, sendo correta sua aplicação.

Art. 80. A falta de lançamento do valor, total ou parcial, do imposto sobre produtos industrializados na respectiva nota fiscal, a falta de recolhimento do imposto lançado ou o recolhimento após vencido o prazo, sem o acréscimo de multa moratória, sujeitará o contribuinte às seguintes multas de ofício: (Redação dada pela Lei nº 9.430, de 1996) (Vide Mpv nº 303, de 2006) (Vide Medida Provisória nº 351, de 2007)

I - setenta e cinco por cento do valor do imposto que deixou de ser lançado ou recolhido ou que houver sido recolhido após o vencimento do prazo sem o acréscimo de multa moratória; (Redação dada pela Lei nº 9.430, de 1996)

Sobre a legitimidade da taxa Selic como juros moratórios, previstos no artigo 61, §3º da Lei nº 9.430, de 1996, descabem maiores considerações, pois que já confirmada sua legitimidade, conforme decidido no REsp 879.844/MG, julgado em 11/11/2009 (recursos repetitivos), e no RE 582.461/SP, submetido à repercussão geral, julgado em 18/05/2011, e de acordo com o enunciado da Súmula CARF nº 4:

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da

¹ Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou

c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993.

Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. (Incluído pela Portaria MF nº 586, de 21 de dezembro de 2010)

² Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso. (Vide Decreto nº 7.212, de 2010)

...

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento. (Vide Medida Provisória nº 1.725, de 1998) (Vide Lei nº 9.716, de 1998)

Processo nº 10970.000080/2009-26
Acórdão n.º **3302-002.691**

S3-C3T2
Fl. 687

Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Portanto, devidas a multa de ofício aplicada no percentual de 75% e a taxa Selic como juros moratórios.

Diante do exposto, voto para não conhecer da matéria concernente à aplicação da imunidade prevista no artigo 155, §3º da Constituição Federal às emulsões asfálticas e para negar provimento quanto às demais matérias.

(assinado digitalmente)

Paulo Guilherme Déroulède