



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

Processo nº 11634.001112/2007-22
Recurso nº 261.414
Resolução nº **3302-00.205 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 24 de abril de 2012
Assunto Sobrestamento do julgamento de recurso voluntário
Recorrente HYDRONORTH S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos,

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em sobrestar o julgamento do recurso voluntário, nos termos do voto do relator.

(Assinado digitalmente)

Walber José da Silva - Presidente

(Assinado digitalmente)

José Antonio Francisco - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Walber José da Silva, José Antonio Francisco, Fabiola Cassiano Keramidas, José Evande Carvalho Araújo, Alexandre Gomes e Gileno Gurjão Barreto.

RELATÓRIO

Trata-se de retorno de diligência aprovada pela Resolução n. 2101-00.002, de 07 de maio de 2009, da antiga 1ª Câmara do 2ª Seção de Julgamento do Carf, cujos relatório e voto são abaixo reproduzidos:

Trata-se de recurso voluntário (fls. 1855 a 1883) apresentado em 28 de agosto de 2008 contra o Acórdão n. 14-19.453, de 30 de maio de 2008 (fls. 1839 a 1848), da DRJ Ribeirão Preto, que, relativamente a auto de infração de IPI (fls. 1762 a 1795), de fato geradores ocorridos entre janeiro de 2003 e dezembro de 2006, cientificado em 29 de novembro de 2007, considerou procedente o lançamento, nos termos de sua ementa a seguir reproduzida:

“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI

“Período de apuração: 01/01/2003 a 31/12/2006

“IPI. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. MANUTENÇÃO.

“O imposto não lançado na nota fiscal, e conseqüentemente não recolhido espontaneamente pelo contribuinte, enseja o seu lançamento de ofício, independentemente do motivo de que decorreu tal omissão. Sendo assim, o estabelecimento equiparado a industrial, nos termos do inciso III do artigo 9º do RIPI/2002, submete-se ao lançamento de ofício do tributo e de seus acréscimos legais quando evidenciado que deu saída a produtos industrializados por outro estabelecimento da mesma firma, sem o destaque do IPI nas respectivas notas fiscais.

“VALOR TRIBUTÁRIO. DESCONTO INCONDICIONAL.

“Os descontos e abatimentos concedidos a qualquer título, não podem ser excluídos da base de cálculo do imposto.

“MULTAS.CONFISCO.

“A falta de recolhimento do IPI é fato punível com a multa de ofício capitulada no enquadramento legal, sendo que não se confunde a penalidade imposta para coibir ou punir infrações à legislação tributária com a utilização do tributo com efeito de confisco.

“JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

“A cobrança de juros de mora com base no valor da taxa referencial do Selic tem previsão legal.

“IMPUGNAÇÃO. PROVAS PRECLUSÃO TEMPORAL. ADICIONAIS.

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

“ASSUNTO: CLASSIFICAÇÃO DE MERCADORIAS

“Período de apuração: 01/01/2003 a 31/12/2006

“CLASSIFICAÇÃO FISCAL. MATÉRIA NÃO IMPUGNADA.

“Considera-se não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada na impugnação.

“Lançamento Procedente”

Segundo o termo de verificação de fls. 1764 a 1767, a Interessada, por força do art. 9º combinado com o art. 14 do Ripi/2002 seria estabelecimento equiparado a industrial. Ademais, de acordo com o mencionado termo:

Analizando, entretanto, todos os documentos apresentados, inclusive em meio magnético, constatou-se que o estabelecimento não atendeu aos ditames legais, e não efetuou qualquer apuração e recolhimento do IPI devido em decorrência das vendas dos produtos industrializados efetuadas para os estabelecimentos revendedores, fato que motivou a apuração do saldo do IPI devido no período sob fiscalização, tendo sido adotados os procedimentos que serão a seguir descritos.

1. Apurou-se o crédito com base nas entradas efetuadas por transferências advindas das filiais (0005 e 0006) conforme relatório DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DE CREDITO DO IPI NAS ENTRADAS, de fls. 1459/1622;

2. Apurou-se o débito relativo às saídas do estabelecimento, conforme relatório DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DO IPI NA SAÍDA, constante do anexo de número 1, composto dos volumes de 01 a 100 de fls. 01 a 19856;

3. Tendo em vista que não foram segregadas as saídas a título de vendas e transferências, elaborou-se relatório com as saídas efetuadas para a filial 0003 a título de transferência, com o intuito de estornar os valores que lá constaram indevidamente (fls. 1623/1758).

4. Apurou-se o saldo do IPI devido no período conforme relatório RECONSTITUIÇÃO DA ESCRITA FISCAL - IPI, de fls. 1759/1760.

5. Destaque-se ainda que nos arquivos magnéticos enviados pelo contribuinte aparecem alguns créditos em notas fiscais de entrada cujo remetente é a filial 0003-48. De acordo com a declaração do contribuinte à fl. 25, não houve o crédito do IPI na destinatária. Desta forma, os citados créditos foram excluídos da apuração do IPI.

Ainda esclareceu a Fiscalização que, relativamente ao produto “Cera Speed Shine”, a classificação fiscal correta seria a de alíquota 10%, tendo a Interessada adotado classificação diversa até novembro de 2003.

Ademais, os produtos “kit automotivo” e “kit especial Hydronorth e n. 1 Toyota” teriam sido incorretamente classificados pela Interessada.

Por fim, os valores dos descontos incondicionais foram incluídos na base de cálculo do imposto.

Na Impugnação, de acordo com o Acórdão de primeira instância, a Interessada alegou o seguinte:

- A impugnante não pode ser enquadrada como contribuinte do IPI, uma vez que não industrializa os produtos que vende;

- Não pode ser equiparada a estabelecimento industrial, pois o art. 9º do Decreto 4.544/2002 (RIPI/2002) desrespeita dispositivo hierarquicamente superior, qual seja, o inciso 1 do art. 121 do CTN, que exige relação pessoal e direta entre o contribuinte e a situação que constitua o verdadeiro fato gerador do imposto. Cita diversos ensinamentos e entendimentos de doutrinadores sobre o caso em tela;

- Pelo princípio da eventualidade, os valores dos descontos incondicionais não podem ser incluídos na base de cálculo do IPI exigido no auto de infração. Neste sentido, já é o posicionamento firmado pelo próprio Superior Tribunal de Justiça;

- Em virtude do presente auto de infração, a contribuinte solicitou um Laudo Técnico para classificar fiscalmente os seguintes produtos: selador acrílico hydronorth (3209.10.10), selador acrílico pigmentado hydronorth (3209.10.10), selador acrílico hidrolux (3209.10.10), fundo preparador hydronorth (3209.10.10), zarcão universal hidrolux (3208.90.10), fundo nivelador hydronorth (3208.90.10), fundo nivelador hidrolux (3208.90.10). A autoridade fiscal considerou a classificação 3211.00.00 para os produtos, conseqüentemente, foram tributados com alíquota de 10%. Entretanto, de acordo com o laudo, deveriam ser tributados com alíquota de 5% desde 02/2006, conforme Decreto nº 5.697/2006.;

- Consta-se que não ocorreu a hipótese de incidência para a aplicação da multa, entretanto, no caso de aplicação de multa a mesma deve ser a prevista no art. 61 da Lei nº 9.430/96, limitada a 20%. Ou ainda, a multa deve ser reduzida em vista do seu caráter confiscatório, conforme pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal;

- É indevida a utilização da taxa SELIC como índice de aplicação de juros, sendo aplicado, se for o caso, o índice de 1% ao mês;

- Por fim, pugna-se pelo prazo de 30 dias para a juntada do Laudo de Classificação, bem como de qualquer outra documentação que entenda necessária para instruir impugnação ao auto de infração.

A Primeira Instância, conforme ementa reproduzida anteriormente, manteve a equiparação do estabelecimento a industrial e a incidência do IPI sobre os descontos incondicionais, conforme previsão legal especificada na autuação.

Em relação à classificação fiscal, considerou que, “embora a manifestante tenha se manifestado a respeito de alterações efetuadas na classificação fiscal de mercadorias por parte da fiscalização, verifica-se que não questionou especificamente as classificações fiscais dos produtos discriminados no Termo de Verificação”.

Nesse contexto, “Não tendo sido expressamente contestada a correção há que se considerará-la não impugnada ou aceita pela contribuinte, conforme dispõe o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, artigo 17 [...]”.

Por fim, foram mantidos a multa e os juros de mora e foi denegada a juntada posterior de documentação que não satisfizesse as condições do art. 16 do Decreto n. 70.235, de 1972.

No recurso, a Interessada alegou inicialmente que não poderia ser considerada contribuinte do IPI, à vista de o art. 46, parágrafo único, do CTN, que consideraria imprescindível, para a ocorrência do fato gerador, que ocorresse operação de industrialização.

Ademais, o dispositivo do regulamento do IPI que prevê a equiparação violaria as disposições do CTN que exigiriam relação direta e pessoal do contribuinte “com a situação que constitua o respectivo fato gerador”. Citou decisões judiciais que trataram da matéria.

Atacou, também, a inclusão dos descontos incondicionais na base de cálculo do imposto, alegando que o art 47 do CTN definiria a base de cálculo como sendo “o valor de que decorrer a saída da mercadoria”. Citou decisão do STJ a respeito da matéria.

Em relação às alíquotas de IPI e da classificação das mercadorias, alegou que a autuação teria considerado a classificação de alíquota 10%, enquanto que, de acordo com o laudo apresentado na impugnação, a classificação seria diversa, pois “aqueles produtos (indicados no laudo) deveriam ser tributados com alíquota de 5% desde 02/2006, tendo em vista a entrada em vigor do Decreto n. 5.697, de 07 de fevereiro de 2006”.

Atacou, ainda, a multa de ofício aplicada, alegando ser incabível e confiscatória, sendo aplicável ao caso a disposição do art. 61 da Lei n. 9.430, de 1996, e a taxa Selic, cujo emprego seria inadmissível como taxa de juros moratórios.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Antonio Francisco, Relator

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

Em relação à questão da classificação fiscal, a primeira instância considerou que a matéria não teria sido contestada, uma vez que as alterações efetuadas pela Fiscalização não foram abordadas.

Não obstante, nada impediria a Interessada de contestar a classificação adotada por ela mesma, com o objetivo de reduzir o montante da autuação.

Entretanto, não estão claros nos autos os efeitos pretendidos pela Interessada.

Ademais, a classificação de mercadorias é matéria de competência da 3ª Seção do Carf.

Nesse contexto, antes de serem encaminhados os autos à 3ª Seção, seria necessário realizar diligência para verificar a procedência das alegações e a extensão de seus efeitos.

Dessa forma, voto por converter o julgamento do recurso em diligência, para que a Fiscalização manifeste-se a respeito das seguintes questões:

- 1) Os produtos cuja classificação fiscal a Interessada contestou fazem parte da autuação?*
- 2) Nesse caso, com base em descrição dos produtos obtida em diligência no estabelecimento da Interessada, está correta a classificação fiscal adotada no auto de infração ou a alegada na impugnação?*
- 3) Caso tenham procedência ao menos em parte as alegações, informar o montante do crédito tributário devido.*

Após elaboração de relatório, a Interessada terá o prazo de trinta dias para apresentar sua resposta, contados da data de ciência da intimação para tanto, devendo os autos serem encaminhados à 3ª Seção do Carf ou eventualmente à Seção competente pelo novo Regimento Interno, para manifestar-se a respeito da classificação fiscal.

A diligência iniciou-se pela intimação de fl. 1897, relativamente ao laudo técnico alegado pela Interessada e à descrição, finalidade, utilização e composição dos produtos dos produtos enumerados. Os documentos foram juntados às fls. 1900 a 1904. Na fls. 1908 a 2061 foi juntado demonstrativo de apuração de IPI nas saídas (com as alterações propostas pelo laudo). Na fl. 2061, a Fiscalização elaborou relatório de reconstituição da escrita fiscal.

O termo de diligência constou das fls. 2063 a 2065 e relatou o seguinte:

O contribuinte foi intimado em 11/11/2009 a apresentar o Laudo Técnico, a finalidade de utilização e a composição dos produtos, conforme intimação de fls. 1897.

Apresentou os elementos solicitados (fls. 1899 a 1904), entre eles o Laudo de Classificação Fiscal de Produtos, no qual o perito utilizou o item 4 das Regras Gerais para Interpretação do Sistema Harmonizado.

Da documentação apresentada, extraímos e relacionamos na tabela a seguir os produtos cuja classificação fiscal utilizada no auto de infração foi contestada.

[...]

Foi acatada, para fins desta diligência, a classificação indicada no laudo, tendo em vista que não existe classificação específica para estes produtos.

Ressalte-se que a fiscalização não efetuou a "re-classificação fiscal" conforme afirma o contribuinte em seu recurso (fls. 1873).

A classificação fiscal utilizada no auto de infração, relativa aos produtos objeto da contestação e do laudo de classificação, é a mesma classificação fiscal que o contribuinte havia utilizado nas saídas do estabelecimento industrial, com a conseqüente entrada no estabelecimento comercial atacadista. Vide notas fiscais da filial 0006 às fls. 1454, 145 e 1548.

De 01/01/2003 até o dia 07/02/2006 as alíquotas referentes à nova classificação dos produtos são iguais as da classificação anterior - 10%, de acordo com o Decreto 4.542/2002. A partir de 08/02/2006 passam a ser de 5% de acordo com o Decreto 5.697/2006. Vide quadro a seguir e telas de fls. 1905 a 1907.

[...]

[Os valores de] crédito tributário relativos aos períodos de apuração até janeiro de 2006 não sofreu alteração decorrente da reclassificação de acordo com o Laudo de fls. 1900 a 1903 e, portanto, permanece o valor lançado no auto de infração.

A partir de fevereiro de 2006 os valores de IPI devido em cada período de apuração, já consideradas as exclusões relativas aos produtos cuja classificação foi contestada, são os seguintes:

[...]

No entretempo, a Interessada apresentou o requerimento de fls. 2068 e 2069, desistindo do recurso, exceto em relação “a matéria relativa ao desconto incondicional e à classificação fiscal de produtos, que prosseguirá sendo controvertida, nisso valendo-se do direito legal de cisão do débito”.

Nas fl. 2085, foi requerida demonstração das parcelas relativas aos descontos incondicionais contidas no auto de infração.

A Fiscalização lavrou o termo de fls. 2087 a 2092.

Cientificada dos termos, a Interessada apresentou a sua concordância com os “valores apresentados na anexa intimação n. 650/2010”.

Na fl. 2124, foi proposto “o encaminhamento do presente processo ao CARF, para homologação da desistência, conforme indicado pelo contribuinte, fls. 2.077 a 2.084, para julgamento da parcela cujo litígio foi mantido pelo contribuinte.”

Por fim, a Interessada requereu a juntada de parecer de consultoria sobre os descontos incondicionais (fls. 2128 a 2147).

É o relatório.

VOTO

Conselheiro José Antonio Francisco, Relator

Primeiramente, deve-se analisar se se aplica aos autos a determinação do art. 62-A, § 1º, do Regimento Interno do Carf (anexo II à Portaria MF n. 256, de 2009, com a redação da Portaria MF n. 586, de 2010), relativamente à inclusão dos descontos incondicionais na base de cálculo do IPI:

§ 1º Ficarão sobrestados os julgamentos dos recursos sempre que o STF também sobrestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543-B.

No caso, embora haja repercussão geral a respeito do tema, o STF (RE 567.935), não determinou a suspensão dos recursos extraordinários que dele tratam, razão pela qual descaberia, também, o sobrestamento do processo, nos termos da Portaria Carf n. 1, de 2012, art. 1º, § 1º:

Parágrafo único. O procedimento de sobrestamento de que trata o caput somente será aplicado a casos em que tiver comprovadamente sido determinado pelo Supremo Tribunal Federal - STF o sobrestamento de processos relativos à matéria recorrida, independentemente da existência de repercussão geral reconhecida para o caso.

Entretanto, se, de um lado, não seria possível afastar a aplicação da lei por suposta ofensa à constituição (art. 62 do Ricarf), seria possível analisar se tal lei confronta o Código Tributário Nacional, que define a base de cálculo do IPI.

No RE 567.935-7, o Ministro Marco Aurélio determinou o sobrestamento dos RE:

À Assessoria, para as providências pertinentes aos processos que tratem do tema - sobrestamento daqueles nos quais o recurso foi protocolado antes da regulamentação da repercussão e determinação de baixa à origem dos demais. (http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=542973)

Além disso, a respeito da matéria, existe incidência de recurso repetitivo no Superior Tribunal de Justiça no âmbito do REsp n. 1.149.434 - BA, de relatoria da Ministra Eliana Calmon, em que foi pronunciado acórdão com ementa do seguinte teor:

PROCESSUAL CIVIL - TRIBUTÁRIO - RECURSO ESPECIAL - IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - INCIDÊNCIA SOBRE O VALOR DA OPERAÇÃO - DEDUÇÃO DE DESCONTOS INCONDICIONAIS - ILEGITIMIDADE DA DISTRIBUIDORA PARA AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO - POSSIBILIDADE. AFETAÇÃO DO RECURSO À SISTEMÁTICA DE JULGAMENTO DE RECURSOS REPETITIVOS (ART. 543-C DO CPC).

1. A Primeira Seção, quando do julgamento do REsp. 903.394/AL (julgado em 24.3.2010, DJ de 26.4.2010) submetido à sistemática dos

recursos repetitivos, alterou a sua jurisprudência considerando a distribuidora de bebidas, intitulada de contribuinte de fato, parte ilegítima para pleitear repetição de indébito.

2. A base de cálculo do IPI, nos termos do art. 47, II, "a", do CTN, é o valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria.

3. A Lei 7.798/89, ao conferir nova redação ao § 2º do art. 14 da Lei 4.502/64 (RIPI) e impedir a dedução dos descontos incondicionais, permitiu a incidência da exação sobre base de cálculo que não corresponde ao valor da operação, em flagrante contrariedade à disposição contida no art. 47, II, "a", do CTN. Os descontos incondicionais não compõem a real expressão econômica da operação tributada, sendo permitida a dedução desses valores da base de cálculo do IPI.

4. A dedução dos descontos incondicionais é vedada, no entanto, quando a incidência do tributo se dá sobre valor previamente fixado, nos moldes da Lei 7.798/89 (regime de preços fixos), salvo se o resultado dessa operação for idêntico ao que se chegaria com a incidência do imposto sobre o valor efetivo da operação, depois de realizadas as deduções pertinentes.

5. Recurso especial não provido. Sujeição do acórdão ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008.

Em princípio, caberia a aplicação do já citado art. 62 do Ricarf, que determina a aplicação de entendimento do STJ exarado em sede de recurso repetitivo.

Ocorre que o acórdão citado não transitou em julgado, uma vez que a Fazenda Nacional apresentou embargos declaratórios julgados em 14 de setembro de 2009, seguindo-se a aplicação de recurso extraordinário, que foi sobrestado pelo próprio STJ em 4 de março de 2011, conforme despacho abaixo reproduzido, de lavra do Ministro Felix Fischer:

O e. Supremo Tribunal Federal, por ocasião da análise do RE 567.935 RG/SC (Rel. Min. Marco Aurélio), decidiu que a questão alusiva à exclusão do valor dos descontos incondicionais da base de cálculo do IPI, possui repercussão geral.

Ante o exposto, nos termos do artigo 328-A do RISTF, determino o sobrestamento do presente recurso extraordinário até o julgamento pelo e. Supremo Tribunal Federal da matéria contida no RE 567.935 RG/SC.

Brasília (DF), 04 de março de 2011.

Dessa forma, não sendo definitiva a decisão do STJ, também não poderia ser aplicada. Portanto, havendo determinação do sobrestamento dos RE no âmbito do STF, nos termos da Portaria Carf n. 1, de 2012, voto pelo sobrestamento do presente recurso.

(Assinado digitalmente)

José Antonio Francisco

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 08/05/2012 por JOSE ANTONIO FRANCISCO, Assinado digitalmente em 08/05/20

12 por WALBER JOSE DA SILVA, Assinado digitalmente em 08/05/2012 por JOSE ANTONIO FRANCISCO

Impresso em 27/01/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA