



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

Processo nº 14041.720014/2013-02
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **3202-000.288 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 15 de outubro de 2014
Assunto Solicitação de diligência
Recorrente BASA BRASÍLIA ALIMENTOS S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em converter o julgamento do recurso voluntário em diligência.

Luís Eduardo Garrossino Barbieri – Presidente-substituto.

Charles Mayer de Castro Souza - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Luís Eduardo Garrossino Barbieri (presidente-substituto), Charles Mayer de Castro Souza, Tatiana Midori Migiyama, Paulo Roberto Stocco Portes, Gilberto de Castro Moreira Junior e Thiago Moura de Albuquerque Alves.

Relatório

Trata o presente processo de auto de infração lavrado contra a contribuinte acima identificada, constituindo crédito tributário decorrente do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, referente a períodos de apuração compreendidos nos anos de 2011 e 2012, no valor total de R\$ 7.472.767,15, incluídos multa proporcional e juros de mora.

Por bem retratar os fatos constatados nos autos, transcrevo o Relatório da decisão de primeira instância administrativa, *in verbis*:

Trata-se de Auto de Infração (fls. 263/269) lavrado contra a contribuinte acima identificada, que pretende a cobrança do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI pertinente aos períodos de apuração de maio, julho a dezembro de 2011; e janeiro, fevereiro,

junho a dezembro de 2012. Foram lavrados, ainda, os Termos de Sujeição Passiva Solidária às folhas 275/280.

Consta do Termo de Verificação Fiscal (fls. 270/274) que:

Conforme acompanhamento realizado por esta Secretaria da Receita Federal do Brasil RFB, por meio dos processos administrativos de nº 11853.000391/2008-11 e nº 11853.000392/2008-58, a fiscalizada ajuizou, em 07 de junho de 2005, a ação ordinária de nº 2005.34.00.016460-4 com o objetivo, dentre outros, de que fosse reconhecida a classificação de determinados produtos de sua fabricação na posição 2309.90.10 da Nomenclatura Comum do Mercosul NCM, constante da Tabela de Incidência do IPI Tipi, cuja alíquota é 0 (zero), bem como a não incidência do imposto para os produtos acondicionados em embalagens cujo peso ultrapassasse os 10 (dez) quilogramas.

Vale registrar que a empresa já pretendeu classificar três dos produtos que fabrica (dois deles mencionados na referida ação ordinária) na posição ora mencionada, mediante consulta a esta RFB, cuja decisão constante da Solução de Consulta SRRF/1ª RF/Diana nº 6, de 28 de outubro de 2004, foi no sentido de que os produtos objeto da consulta caracterizados como alimentos para cães e gatos acondicionados para venda a retalho classificam-se no código 2309.10.00 da NCM, cuja alíquota na Tipi é de 10 (dez) por cento.

Amparada na ação judicial ora referida, a partir do período de apuração de novembro/2005, a empresa passou a realizar depósitos judiciais dos débitos de IPI apurados por seu estabelecimento matriz e declarados a esta RFB, que se encontram com sua exigibilidade suspensa.

No entanto, no ano-calendário de 2011 foram efetuados depósitos suficientes para suspender a exigibilidade dos débitos declarados somente para os períodos de janeiro a abril, e junho, situação que se repetiu no curso do ano-calendário de 2012, quando foram depositados valores tão somente para os períodos de março, abril ambos também suficientes para suspender os débitos declarados, e maio, cujo débito não foi declarado à RFB, encontrando-se, portanto, exigível.

Cumprir ainda destacar que, conforme consta da Ata da Assembléia Geral Extraordinária realizada em 16 de novembro de 2012 registrada na Junta Comercial do Distrito Federal sob o nº 20120909103, foi aprovada a incorporação da fiscalizada pela empresa FVO Brasília Indústria e Comércio de Alimentos Ltda. CNPJ sob o nº 08.471.163/0001-64.

Como até o presente momento não foram realizados os procedimentos necessários junto a esta RFB para a efetiva incorporação da empresa Basa Alimentos S/A, esta permanece existindo de pleno direito, como prevê o Protocolo de Incorporação apresentado pela fiscalizada.

II. DO PROCEDIMENTO FISCAL

(...)

Finalmente, em 18/06/2013, a empresa informou, em resposta ao Termo Constatação e de Intimação Fiscal nº 001, que realmente não depositou judicialmente as diferenças apuradas por esta Fiscalização, bem como apresentou recibo de entrega da DCTF retificadora referente ao período de maio/12, com a informação do débito de IPI que fora depositado judicialmente.

III. INFRAÇÃO APURADA

1) FALTA DE DECLARAÇÃO/RECOLHIMENTO DO SALDO DEVEDOR DO IPI

Como assinalado nos tópicos anteriores, a empresa questiona judicialmente a exigibilidade do IPI mudança na classificação de determinados produtos e não incidência para produtos em situação específica, e vem realizando desde o ano de 2005 depósitos judiciais integrais dos débitos do imposto apurados por seu estabelecimento matriz, depósitos esses suficientes para suspender a exigibilidade desses débitos.

Consultando-se os processos administrativos de nº 11853.000391/2008-11 e nº 11853.000392/2008-58, que controlam os débitos do IPI discutidos pela empresa na ação ordinária de nº 2005.34.00.0164604, as informações dessa ação apresentadas pela fiscalizada, bem como o andamento do processo no sítio da Seção Judiciária do Distrito Federal, podese verificar que inexistiu decisão de mérito favorável à empresa, nem mesmo em sede de liminar. Ou seja, os débitos do IPI apurados pela fiscalizada e não amparados por depósitos judiciais, não se encontram com sua exigibilidade suspensa.

Ante o exposto, e considerando o conjunto de informações apresentado pela empresa, os dados obtidos via Sped por esta Fiscalização referentes às notas fiscais eletrônicas emitidas pela fiscalizada, bem como a retificação da DCTF relativa ao período de maio/12, elaborou-se a Tabela 01 a seguir que demonstra os valores dos saldos devedores do IPI referentes aos anos-calendário de 2011 e 2012 que estão sendo lançados de ofício mediante o presente Auto de Infração, com fundamento nos arts. 24, incisos II e III, 181, 183, 186, 259, 260, inciso IV, e 262, inciso III, do Decreto nº 7.212, de 15 de junho de 2010 (Ripi/2010):

(...)

V RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

A Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (CTN), em seu art. 124, inciso II, prevê que as pessoas expressamente designadas por lei respondem solidariamente pelo crédito tributário. Nesse contexto, o art. 8º do Decreto-Lei nº 1.736, de 20 de dezembro de 1979, dispôs de forma expressa que os acionistas controladores, os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado entenda-se como aqueles que detêm o poder de decisão respondem solidariamente pelos créditos decorrentes do não recolhimento do IPI, sendo essa responsabilidade restrita ao período da respectiva administração, gestão ou representação.

Na situação em tela, a fiscalizada foi constituída sob a forma de uma sociedade anônima de capital fechado, sendo administrada por uma diretoria composta de 3 (três) diretores eleitos por três anos pela assembléia geral, conforme prevê seu estatuto social.

Uma vez que a fiscalizada deixou de recolher o IPI apurado nos anos-calendário de 2011 e 2012, cumpre verificar quem efetivamente administrava a empresa nesses períodos.

Conforme consta da Ata da Assembléia Geral Ordinária da empresa realizada em 20 de julho de 2009 registrada na Junta Comercial do Distrito Federal sob o nº 20090657799, foram reeleitos para o triênio 2009/2012 os então diretores Sr. Valério Folador, CPF sob o nº 214.072.15787 – como Diretor Presidente - e Sr. Laerte Antônio de Oliveira, CPF sob o nº 042.735.91715 como Diretor Comercial) permanecendo vago o cargo de Diretor Superintendente.

Já na Ata da Assembléia Geral Ordinária da empresa realizada em 30 de abril de 2012 registrada na Junta Comercial do Distrito Federal sob o nº 20120582422, constatou-se que foram reeleitos para o triênio 2012/2014 os então diretores Sr. Valério Folador como Diretor Presidente - e Sr. Laerte Antônio de Oliveira como Diretor Comercial, bem como eleitos o Sr. José Marcos Zandonadi, CPF sob o nº 244.114.507-04 como Diretor Administrativo - e o Sr. José Waldyr Machado Vasconcellos Júnior, CPF sob o nº 008.112.147-45 como Diretor Comercial Filial Viana/ES, todos assumindo seus cargos a partir do dia 01 de janeiro de 2012.

Ante o exposto, e considerando que os valores lançados no presente Auto de Infração referem-se aos saldos devedores do IPI apurados tão somente pelo estabelecimento matriz da empresa, restou caracterizada a sujeição passiva solidária do Sr. Valério Folador e do Sr. Laerte Antônio de Oliveira pela totalidade dos créditos tributários lançados de ofício, bem como do Sr. José Marcos Zandonadi tão somente pelos créditos referentes ao ano-calendário de 2012.

O Auto de Infração e os Termos de Sujeição Passiva foram cientificados aos sujeitos passivos em 27/06/2013, que em 29/07/2013 apresentam impugnação, sendo essas as suas razões de defesa, em síntese:

- 1. Nos termos do art. 135, III, do CTN, o gestor da pessoa jurídica responderá pelos créditos tributários advindos dos atos ilícitos que praticar, tratando-se de responsabilidade subjetiva que exige a comprovação, a cargo do credor, de que o não recolhimento do tributo resultou da atuação dolosa ou culposa do administrador;*
- 2. O mero inadimplemento, a insuficiência patrimonial ou a cessação das atividades da empresa sem o pagamento dos valores devidos, isoladamente consideradas, não determinam a responsabilização do sócio-gerente;*
- 3. A esse respeito, a Súmula nº 430 do STJ dispõe que “o inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente”;*

4. A obrigação pelos tributos, portanto, somente poderá ser direcionada contra os sóciosgerentes ou administradores quando concretizada e suficientemente provada alguma das hipóteses que impõem a responsabilidade tributária, e, com efeito, a sujeição dos mandatários da empresa à execução de créditos fiscais somente se legitimará quando evidenciada uma prática ilícita subjacente, sob pena de se operar responsabilidade objetiva, rechaçada pela jurisprudência;

5. Postas essas premissas, deve-se ressaltar que o art. 8º do Decreto-Lei nº 1.736, de 1979, apesar de aparentemente encontrar apoio no art. 124, II, do CTN, contrasta com as normas gerais do Código Tributário a respeito da responsabilidade pelos créditos tributários, não se cogitando, dessa sorte, de responsabilização dos gerentes quando não houver elementos caracterizadores de atuação dolosa;

6. Sendo assim, não há como responsabilizar os gestores pela simples aplicação do art. 8º do DL 1.736, de 1979, sem a presença dos pressupostos da responsabilização tributária, conforme jurisprudência nesse sentido;

7. Na hipótese presente, o Auditor Fiscal não demonstrou a prática pelos ora Impugnantes de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, limitando-se a afirmar que o art. 8º do Decreto nº 1.736, de 1979, prevê que os diretores respondem solidariamente pelo não recolhimento do IPI;

8. No caso em tela, portanto, nada aponta no sentido da ocorrência dos fatos previstos pelo art. 135 do CTN, razão pela qual merece ser afastada a responsabilização tributária dos diretores da empresa;

9. Quanto à classificação fiscal, é correto o código adotado pela impugnante, 2309.90.10;

10. Ademais, impende verificar que a cobrança de IPI sobre as preparações balanceadas somente seria cabível quando esses produtos estiverem acondicionados em embalagens de até 10kg (dez quilogramas), pois a Lei nº 4.502, de 1964, que em sua anexa Tabela instituiu a incidência do IPI sobre rações (alimentos para animais), veio a ser alterada pelo Decreto-lei nº 400/68, cujo artigo 2º dispôs que a incidência do IPI passou a recair sobre os produtos que menciona na hipótese desses estarem acondicionados em unidades de até 10 kg, e que, em relação às unidades acondicionadas em embalagens com capacidade de peso superior, a legislação não fez qualquer referência, caracterizando, pois, nítida hipótese de não incidência;

11. Aliás, o Executivo Federal já reconheceu tal realidade, tanto que no Regulamento do IPI da época (Decreto nº 73.340, de 1973) lançou a Nota Complementar nº 231 na abertura do Capítulo nº 23 da TIPI;

12. A legislação havia reconhecido a não incidência do IPI, desrespeitada a partir do advento do Decreto nº 89.241, de 1983, e posteriores tabelas anexas aos regulamentos do IPI;

13. Analisando-se a atual TIPI, percebe-se que o Executivo utiliza como subterfúgio elencar duas classificações fiscais, 2309.10.00

(alimentos para cães ou gatos, acondicionados para venda a retalho) ou 2309.90.90 (outras Ex 01 preparações alimentícias para cães ou gatos, não acondicionadas para a venda a retalho), lhes distinguindo para a venda a retalho ou não, fortalecendo, entretanto, a pretensão de uma alíquota de 10% (dez por cento) para qualquer dos casos;

14. Para reconhecer-se o direito da impugnante, basta compreender que o Decreto nº 89.241, de 1983, suprimira o texto da Nota Complementar nº 231, considerando a incidência do IPI tanto em relação aos produtos acondicionados em unidades inferiores a 10 kg como em relação aos produtos acondicionados em embalagens com capacidade superior;

15. Em nenhum momento o Decreto-lei nº 1.199, de 1971, autorizou o Poder Executivo a instituir nova hipótese de incidência para o IPI, que havia sido excluída com o advento do DL nº 400, de 1968, artigo 2º, não sendo de se admitir qualquer imposição que venha a onerar as preparações para cães e gatos acondicionadas em unidades superiores a 10kg;

16. Há, pois, ilegitimidade do Decreto nº 89.241, de 1983, na parte em que ampliou a hipótese de incidência, ilegitimidade que perduraria ainda que o Decreto-lei nº 1.199, de 1971, contivesse autorização para tanto, porquanto implicaria delegação de poder legislativo;

17. Transcreve-se jurisprudência que corroboraria seus argumentos, tais como julgados dos Tribunais Regionais Federais – TRF da 2ª e da 4ª Regiões, do Superior Tribunal de Justiça (RE nº 953519) e do Supremo Tribunal Federal (RE nº 160.392SP);

18. Nessa linha, não restam dúvidas de que os Tribunais Pátrios consagram a correta classificação fiscal das rações produzidas pela Impugnante na posição 2309.90.10 da TIPI, correspondente à anterior classificação fiscal nº 2309.90.0200, bem como lhe atribui a não incidência do IPI para as unidades acondicionadas em embalagens acima de 10 kg, impondo-se, pois, o cancelamento do auto de infração em comento, por totalmente dissociado ao entendimento da doutrina e jurisprudência atuais;

19. Ante o exposto, requer:

(a) preliminarmente, que seja reconhecida a nulidade dos Termos de Sujeição Passiva, ante a ilegitimidade passiva dos diretores da empresa Impugnante, já que não incorreram em nenhuma das hipóteses do art. 135 do CTN;

(b) que seja julgada integralmente procedente a impugnação, reconhecendo a correta classificação dos produtos fabricados pela Impugnante na subposição 2309.90.10 da TIPI, e da ocorrência do fenômeno da não incidência para os produtos acondicionados em embalagens cujo peso ultrapasse os 10 (dez) quilogramas, com a consequente declaração da inexistência de relação jurídico tributária válida para autorizar a cobrança de IPI sobre os referidos produtos, cancelando-se o auto de infração;

(c) caso assim não se entenda, seja, desde logo, decretada a suspensão dos atos executórios até o julgamento definitivo da ação ordinária no 2005.34.00.016404.

A 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Salvador julgou procedente em parte a impugnação, proferindo o Acórdão DRJ/SDR n.º 15-34.389, de 26/12/2013 (fls. 321 e ss.), assim ementado:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/05/2011 a 31/05/2011, 31/07/2011 a 29/02/2012, 30/06/2012 a 31/12/2012

SOBRESTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

O processo administrativo fiscal é regido por princípios, dentre os quais o da oficialidade, que obriga a administração a impulsionar o processo até sua decisão final, inexistindo, no âmbito das normas reguladoras do Processo Administrativo Fiscal, previsão legal para o sobrestamento do seu julgamento.

DIRETORES DA PESSOA JURÍDICA. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA.

Ausente a imputação de atos cometidos pelos diretores da pessoa jurídica que possam ser enquadrados no artigo 135 do Código Tributário Nacional, excluem-se do polo passivo as pessoas físicas consideradas como sujeitos passivos solidários.

ASSUNTO: CLASSIFICAÇÃO DE MERCADORIAS

Período de apuração: 01/05/2011 a 31/05/2011, 31/07/2011 a 29/02/2012, 30/06/2012 a 31/12/2012

ALIMENTOS PARA CÃES E GATOS. OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL.

A opção do contribuinte pela via judicial para discussão da mesma matéria, objeto de processo fiscal, implica a desistência da esfera administrativa, que se submete à determinação daquele Poder.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido

Irresignada, a contribuinte apresentou, no prazo legal, recurso voluntário de fls. 347 e ss., por meio do qual repete os mesmos argumentos já delineados em sua impugnação.

O processo foi distribuído a este Conselheiro Relator, na forma regimental.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Charles Mayer de Castro Souza, Relator.

O recurso atende a todos os requisitos de admissibilidade previstos em lei, razão pela qual dele se conhece.

O lançamento decorreu da falta de recolhimento do IPI referente a períodos de apuração compreendidos nos anos de 2011 e 2012.

Afirma o relator da decisão recorrida, com base no Termo de Verificação Fiscal de fls. 270/274, que a matéria controvertida está sendo discutida em sede judicial (exceto , obviamente, a questão da responsabilidade solidária).

Todavia, não há nos autos cópia da petição inicial e das decisões judiciais prolatadas na ação ordinária nº 2005.34.00.016460-4, necessárias para verificar se, de fato, os objetos da ação judicial e do presente processo administrativos são idênticos.

Ante o exposto, voto por **CONVERTER O JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA**, a fim de que a unidade de origem intime a Recorrente para promover a entrega da petição inicial objeto do processo judicial n.º 2005.34.00.016460-4 e das decisões judiciais neste prolatadas e certificar o estado em que esta se encontra.

Ao término do procedimento, deve a autoridade preparadora elaborar Relatório Fiscal conclusivo sobre os fatos apurados na diligência, sendo-lhe oportunizado manifestar-se sobre a existência de outras informações e/ou observações que julgar pertinentes para esclarecer os fatos.

Encerrada a instrução processual, a interessada deverá ser intimada para manifestar-se no prazo de 30 (trinta) dias, antes da devolução do processo para julgamento. Saliente-se, entretanto, que a sua manifestação deve-se restringir ao resultado da diligência, não sendo cabível revolver questões de defesa já suscitadas quando do oferecimento do recurso voluntário.

É como voto.

Charles Mayer de Castro Souza