



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16024.720005/2016-90
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3302-008.133 – 3ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 29 de janeiro de 2020
Recorrente BARRIFORTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE EMBALAGENS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS (IPI)

Período de apuração: 01/01/2011 a 31/12/2011

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. INFRAÇÃO DE LEI. POSSIBILIDADE.

Comprovadas nos autos alguma das hipóteses do artigo 135, III do CTN, no caso, a infração de lei, correta a responsabilização solidária em relação ao crédito tributário exigido.

MULTA QUALIFICADA DE 150%.

Caracterizado o evidente intuito de fraude, cabe a aplicação da multa de ofício qualificada de 150%.

MULTA DE OFÍCIO. INCONSTITUCIONALIDADE. CONFISCO.

O exame da obediência das leis tributárias aos princípios constitucionais é matéria que não deve ser abordada na esfera administrativa.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

A cobrança de débitos para com a Fazenda Nacional, após o vencimento, acrescidos de juros moratórios calculados com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, além de amparar-se em legislação ordinária, não contraria as normas balizadoras contidas no Código Tributário Nacional.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS

As Delegacias de Julgamento da Receita Federal (DRJ) não possuem competência legal para se pronunciar sobre este tema, conforme a Súmula CARF nº 28.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

(documento assinado digitalmente)

Gilson Macedo Rosenburg Filho - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Corintho Oliveira Machado - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Vinicius Guimarães, Walker Araujo, Jorge Lima Abud, Jose Renato Pereira de Deus, Corintho Oliveira Machado, Raphael Madeira Abad, Denise Madalena Green e Gilson Macedo Rosenberg Filho (Presidente).

Relatório

Por bem esclarecer a lide, adoto o relato da decisão recorrida:

1. Cuida o presente processo de **Auto de Infração** lavrado contra BARRIFORTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE EMBALAGENS LTDA e contra o sujeito passivo solidário JOAQUIM CARLOS ARANTES.

2. O crédito tributário constituído se refere ao **Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI**, no valor original de R\$ 1.037.142,90, o qual, acrescido de multa de ofício e juros, perfaz o total de R\$ 2.997.097,75, **bem como à Multa Regulamentar** no valor de R\$ 5.306.053,30.

3. Acostado ao processo encontra-se o Relatório Fiscal, parte integrante e indissociável do referido Auto de Infração. Nele, registrou a Autoridade Tributária os fatos apurados, bem como as irregularidades encontradas, no exercício de sua competência legal, conferida pelo disposto na alínea “a” do inciso I do art. 6º da Lei n.º 10.593/2002. Eis o que consta, em síntese:

1 – A presente fiscalização, consoante o Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal (TDPF) acima referido, teve por objetivo verificar se a filial 08.447.044/0002-57 da empresa em epígrafe apurou no ano de 2011 o Imposto Sobre Produtos Industrializados (IPI) de acordo com o previsto na legislação vigente.

2 – Tal procedimento fez-se necessário tendo em vista que no decorrer de fiscalização desenvolvida junto à matriz da empresa, no tocante ao IRPJ, foi verificada a possibilidade da filial ter se utilizado de créditos de IPI sem que tenha ocorrido a efetiva aquisição de produtos.

3 – Dando início à fiscalização na filial, registramos no Termo de Início de Procedimento Fiscal as seguintes constatações:

a) No curso da fiscalização da matriz da empresa, solicitamos no Termo de Início cópia de notas fiscais de compras dos quatorze maiores fornecedores de matérias-primas/ insumos/material de embalagem, do ano de 2011, sendo que a empresa apresentou de treze empresas, exceto do fornecedor Edafre Indústria

de Material Plástico Ltda. Posteriormente, intimamos novamente a apresentar e não foram apresentadas as notas fiscais.

b) Também na fiscalização da matriz, verificamos que na contabilidade da empresa (ECD), a contrapartida para a quitação dos fornecedores abaixo citados não se dá com conta “bancos” ou “caixa” e sim com uma conta denominada “acordo extra judicial” de nº 6667, que posteriormente é levada para a apuração do resultado do exercício como “outras receitas operacionais”, (obs. informamos que estão sendo utilizados os dados transmitidos pela empresa relativos à ECD –Escrituração Contábil Digital, do ano-calendário de 2011):

- Recnag Transportes e Logísticas Ltda. (em janeiro de 2011);*
- Solearis Embalagens Ltda. (em fevereiro de 2011);*
- Edafre Ind. e Com. De Materiais Plásticos Ltda. (de março a dezembro de 2011).*

4 – Desse mesmo Termo de Início constou a seguinte intimação:

- 1) Apresentar o Livro de Apuração do IPI da filial 08.447.044/0002-57, do ano de 2011.*
- 2) Apresentar as notas fiscais de entradas de mercadorias/produtos/insumos/embalagens da filial adquiridas das (três) empresas citadas no item “b” acima, no ano de 2011.*
- 3) Apresentar cópia dos documentos que comprovem o efetivo pagamento das compras (por exemplo: débito em conta/TED/DOC/transferência Bancária, etc), efetuadas junto às 03 (três) empresas citadas no item “b” acima, do ano de 2011, relativas à filial 0002, conforme relação de notas fiscais constantes de planilha anexa denominada: Pagamentos a Comprovar.*

Obs.: essa planilha é parte integrante deste Termo de Início.

- 4) Descrever de forma detalhada, quais foram os produtos/mercadorias/insumos adquiridos das 03 empresas já referidas, no ano de 2011, e de que forma integraram os produtos vendidos pela Barriforte, no relativo à filial.*
- 5) Descrever a função da conta contábil “acordo extra judicial” e qual o reflexo que a sua utilização promoveu no aproveitamento de créditos para apuração do IPI da filial 0002, no ano de 2011.*

5 – Em resposta a empresa somente apresentou o Livro de Registro de Apuração do IPI nº 02, do exercício de 2011, da respectiva filial, sendo que quanto aos demais itens assim se manifestou: “os demais documentos e informações estão sendo apurados pela Requerente, a fim de serem oportunamente apresentados”.

6 – E ainda, solicitou prazo suplementar para apresentar os documentos pendentes, afirmando a empresa que tal situação de dificuldade de localização dos documentos decorre das razões já expostas pela Requerente em sua petição datada de 30 de julho de 2015, quais sejam: está em recuperação judicial em decorrência de dificuldades financeiras provenientes da recessão que acomete o país, tendo por esse motivo reduzido seu quadro de funcionários e colaboradores; e do falecimento de seu contador.

7 – Registramos que a ciência do Termo de Início deu-se em 03/05/2016, sendo que em 24/05/2016 foi solicitada prorrogação de prazo de 30 dias, tendo sido deferido o prazo de 20 dias.

8 – Considerando que até 29/07/2016 os documentos e justificativas não foram apresentados, foi encaminhado para a empresa o Termo de Intimação Fiscal nº 001, reiterando à intimação constante do Termo de Início, com prazo para cumprimento de 05 (cinco) dias úteis.

9 – Até a data da elaboração do presente Relatório Fiscal mais nenhum documento ou justificativa foram apresentados pela empresa.

10 – No referente aos documentos solicitados nos Termos acima citados, verificamos que a empresa lançou em seu Livro de Registro de Entradas de Mercadorias diversas notas fiscais de compras de mercadorias das empresas: Edafre Ind. e Com. De Materiais Plásticos Ltda. (agora Edafre Cargas Ltda.) e Solearis Embalagens Ltda, todas com IPI destacado, cujos créditos foram aproveitados na apuração mensal do imposto.

11 – Diante da não apresentação de justificativas ao que foi solicitado, principalmente pela não comprovação do efetivo pagamento pelas compras, esses valores do IPI lançados a crédito no Livro de Apuração do IPI, serão glosados e o imposto porventura apurado será exigido em auto de infração.

12 - Para demonstração elaborei a planilha denominada “Demonstrativo do IPI Creditado Indevidamente Pela Empresa”, a qual passa a fazer parte integrante deste Relatório Fiscal.

13 – Não bastassem a não apresentação dos documentos e a não comprovação do efetivo pagamento pelas compras pela Barriforte, realizamos diligências nas empresas Edafre Cargas Ltda. e Solearis Embalagens Ltda., tendo por resultado as baixas de ofícios de ambas, por terem se enquadrado na condição de inexistente de fato, prevista na IN/RFB 1634/2016, com efeitos retroativos a data de início das atividades das empresas, respectivamente, 15/06/2010 e 16/06/2010.

14 – Referidas baixas de ofício foram tratadas nos processos 10855.723249/2016-65 e 10855.723250/2016-90, estando juntados nestes autos cópias das Representações que deram início aos processos e dos Atos Declaratórios Executivos que trataram das baixas.

15 – Assim, considerando o previsto no artigo 47 da Instrução Normativa RFB nº 1634, de 06 de maio de 2016, é inidôneo o documento emitido por entidade baixada, sendo que os valores constantes de tais documentos não podem ser utilizados como crédito do IPI, tendo efeitos desde a data da ocorrência dos fatos que deram causa à baixa de ofício. Abaixo é reproduzido o dispositivo legal citado. (...)

DA MULTA QUALIFICADA

16 – Considerando que a conduta do contribuinte, quanto a se aproveitar de créditos não existentes para a apuração do IPI devido mensalmente, conforme acima descrito, enquadra-se nas hipóteses de crimes previstos nos artigos 71, 72 e 73 da Lei 4.502/64, bem como no artigo 1º da Lei 8.137/90, a multa aplicada ao crédito tributário a ser exigido em auto de infração será de 150%, nos termos do artigo 44 da lei 9.430/96. Foi formalizada Representação Fiscal para Fins Penais, feito que será tratado em processo administrativo a ser apensado a estes autos. Abaixo transcrevo os dispositivos legais citados. (...)

DA SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA

17 - O único sócio-administrador da empresa, Sr. Joaquim Carlos Arantes, CPF 675.145.618-20, deve constar como sujeito passivo solidário, uma vez que

a conduta assumida caracteriza abuso de poder na administração dos negócios, com evidente desrespeito à lei, sendo ele direta ou indiretamente beneficiado pelo resultado almejado, tendo, portanto, interesse comum na situação. Abaixo os dispositivos legais que tratam a matéria:

CTN - Código Tributário Nacional. Lei 5.172/66

Art. 124. São Solidariamente obrigados:

I – as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II - As pessoas expressamente designadas por lei.

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: ...

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Regulamento do IPI. Decreto 7212/10

Art. 28. São solidariamente responsáveis com o sujeito passivo, no período de sua administração, gestão ou representação, os acionistas controladores, e os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, pelos créditos tributários decorrentes do não recolhimento do imposto no prazo legal (Decreto-Lei no 1.736, de 20 de dezembro de 1979, art. 8º).

18 - Para quantificação do IPI a ser exigido em auto de infração, tomamos por base os saldos mensais constantes do Livro de Apuração do IPI de 2011 e excluimos os créditos indevidos, sendo que os valores já declarados em DCTF foram considerados.

DA MULTA PREVISTA NO INCISO II, DO § 1º, DO ARTIGO 572 DO RIPI/2010

19 - Pelos fatos narrados acima, restou comprovado que a empresa registrou notas fiscais que não corresponderam à efetiva saída de mercadorias dos estabelecimentos emitentes, seja pelo fato das baixas de ofício das empresas ditas como emitentes das notas fiscais, seja pela não comprovação do pagamento e efetiva entrada das mercadorias na empresa autuada. Referidas notas fiscais estão demonstradas na planilha citada no item 12.

20 – Ficou, portanto, sujeita à multa prevista no inciso II, do § 1º, do Artigo 572 do RIPI/2010, Decreto 7212/2010, abaixo transcrito:

Art. 572. Sem prejuízo de outras sanções administrativas ou penais cabíveis, incorrerão na multa igual ao valor comercial da mercadoria ou ao que lhe for atribuído na nota fiscal, respectivamente (Lei nº 4.502, de 1964, art. 83, e Decreto-Lei nº 400, de 1968, art. 1º, alteração 2a):

I - ...

II - os que emitirem, fora dos casos permitidos neste Regulamento, nota fiscal que não corresponda à saída efetiva, de produto nela descrito, do estabelecimento emitente, e os que, em proveito próprio ou alheio, utilizarem, receberem ou registrarem essa nota para qualquer efeito, haja ou não destaque do imposto e ainda que a nota se refira a produto isento (Lei nº 4.502, de 1964, art. 83, inciso II, e Decreto-Lei nº 400, de 1968, art. 1º, alteração 2ª).

§ 1º No caso do inciso I, a imposição da pena não prejudica a que é aplicável ao comprador ou recebedor do produto, e, no caso do inciso II, independe da que é cabível pela falta ou insuficiência de recolhimento do imposto em razão da utilização da nota (Lei nº 4.502, de 1964, art. 83, § 1º).

4. Cientificados do Auto de Infração e demais documentos, o contribuinte pessoa jurídica e o sujeito passivo solidário JOAQUIM CARLOS ARANTES apresentaram **Impugnação** nos seguintes termos, em síntese:

PRELIMINARMENTE

2.1 - DA INEXISTÊNCIA DE DOLO PELA AUTUADA NA ESCRITURAÇÃO DOS LIVROS FISCAIS

Com efeito, antes de adentrar ao mérito propriamente dito, cumpre-nos trazer à baila alguns pontos importantes para o deslinde da questão posta em discussão na presente peça de resistência.

Senão vejamos.

A Autuada com o início do processo de fiscalização, foi intimada a apresentar diversos documentos, dentre eles as Notas Fiscais de compras de mercadorias da matriz e da filial adquiridas no ano de 2011, das empresas abaixo descritas, quais sejam:

(...) Desta forma, mesmo diante da dificuldade da Autuada em obter os referidos documentos, uma vez que a mesma encontra-se em Recuperação Judicial, tendo que reduzir drasticamente seu quadro de funcionários, o que dificultou a obtenção dos referidos documentos de forma ágil, a Autuada deixou de apresentar SOMENTE os documentos das empresas Edafre Ind. e Com. de Materiais Plásticos Ltda. e Solearis Embalagens Ltda.

Cumprе salientar que, todos os documentos apresentados pela Autuada foram devidamente acatados pela Doughta Fiscalização, como aptos a comprovar as operações realizadas, o que demonstra a forma regular, ética e honesta com que atua a Autuada nas operações em que realiza.

Assim, o fato de não localizar os documentos das duas empresas, causou estranheza a própria Autuada, uma vez que a mesma sempre manteve em seus arquivos toda a documentação pertinente as operações que realiza, o que fez com que a mesma efetuasse uma busca minuciosa em seus arquivos a fim de obter os referidos documentos.

Todavia, a Autuada não obteve êxito em encontrar qualquer documento que comprovasse a realização das operações com as referidas empresas, sendo desconhecidas pelos seus funcionários, o que fez com que a mesma constatasse que as referidas operações de fato não ocorreram, tendo sido lançada pelo seu contador de forma equivocada.

Cumprе salientar ainda que, tal fato só fora efetivamente observado após o início da fiscalização, uma vez que com o falecimento de seu contador que ocorreu no mês de junho de 2015, houve a dificuldade da Autuada em obter as informações de forma célere.

A Autuada nunca manteve um departamento fiscal e contábil dentro da empresa, razão pela qual fora contratada uma contabilidade externa, sendo que, em razão dos sócios da Autuada não possuírem formação e conhecimento contábil, os mesmos não possuem condições técnicas de averiguar o trabalho realizado pela contabilidade.

Por tudo isso, não resta dúvidas de que a pretensão do Fisco de glosar os créditos decorrentes de operações realizadas com as empresas Edafre Ind. e Com. de Materiais Plásticos Ltda. e Solearis Embalagens Ltda. está correta, uma vez que referidas operações foram equivocadamente lançadas pelo contador. Entretanto, a multa aplicada é totalmente arbitrária e injusta, uma vez que inexistiu dolo por parte da Autuada, razão pela qual não há que se admitir a aplicação da multa no percentual exigido, conforme restará demonstrado na presente peça de resistência.

2.2 - DA IMPOSSIBILIDADE DE INCLUIR O REPRESENTANTE LEGAL DA AUTUADA COMO RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO PELO DÉBITO OBJETO DO AUTO DE INFRAÇÃO

Conforme já demonstrado, o representante legal da Autuada em nenhum momento agiu com dolo, na intenção de fraudar o FISCO, uma vez que toda a escrituração da empresa era realizada por seu contador, contratado para este fim, sendo que não havia qualquer interferência do mesmo nos registros realizados.

Deste modo, a conduta realizada, qual seja, a escrituração de Notas Fiscais das empresas Edafre Ind. e Com. de Materiais Plásticos Ltda. e Solearis Embalagens Ltda., não pode ser caracterizada como abuso no poder na administração dos negócios, não podendo o representante legal da Autuada ser responsabilizado por atos realizados por terceiros.

Ademais, a Autuada encontra-se sediada em local fixo, ativa, e em pleno desenvolvimento de suas atividades, não havendo fundamento legal para a inclusão do representante legal da empresa como sujeito passivo solidário.

A questão já fora objeto de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (RE 562276-PR), que entendeu pela inconstitucionalidade do artigo 13 da Lei nº 8.620/93:

(...) Este já era o entendimento adotado pelos tribunais, conforme dispõe a Súmula 430 do STJ:

“O INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA PELA SOCIEDADE NÃO GERA, POR SI SÓ, A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO SÓCIO-GERENTE.”

Ademais, o artigo 134 do Código Tributário Nacional dispõe que, somente nos casos de impossibilidade do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, será chamado a responder por ela os seus responsáveis, de forma solidária, o que não é o caso, uma vez que a Autuada possui domicílio informado em todos os órgãos competentes, e possui bens suficientes à garantia dos tributos exigidos.

Deste modo, não há fundamento para manter o representante legal da empresa como devedor solidário, pois, FRISA-SE, O MESMO NÃO AGIU COM ABUSO DE PODER NA ADMINISTRAÇÃO DOS NEGÓCIOS, A EMPRESA AUTUADA É UMA SOCIEDADE IDÔNEA, ENCONTRA-SE EM PLENO EXERCÍCIO DE SUAS ATIVIDADES, COM ENDEREÇO FIXO E INFORMADO AOS ÓRGÃOS COMPETENTES E DETÉM APTIDÃO PATRIMONIAL PARA RESPONDER POR SUAS OBRIGAÇÕES, o que não justifica e nem autoriza a indicação do representante legal como co-responsável pelo cumprimento de obrigação tributária.

(...) De fato, o Código Tributário Nacional, determina, em seu artigo 135, serem pessoalmente responsáveis pelas obrigações tributárias os gerentes,

diretores e mandatários quando estes agirem com excesso de poder ou infração de lei, contrato social ou estatutos, o que efetivamente não ocorreu no presente caso, uma vez que conforme restou demonstrado, a escrituração das Notas Fiscais não era realizada pelo representante legal da empresa, e sim pelo seu contador.

(...) Verifica-se, portanto, que a responsabilidade dos sócios não possui natureza solidária, nem tampouco subsidiária, mas sim decorre a responsabilidade pessoal, ilícita e desautorizada nos estatutos da empresa, dependendo, assim, da existência de ato doloso ou culposos para que lhes possa ser validamente imputado o dever de saldar, com bens particulares, as dívidas fiscais da sociedade. (...)

3. MÉRITO

3.1 - DO INDEVIDO PERCENTUAL DA MULTA APLICADA – INEXISTÊNCIA DE DOLO

O percentual da multa aplicada pelo Agente Fiscal, qual seja, 150% (cento e cinquenta por cento), é totalmente arbitrário e injusto, uma vez que não houve dolo por parte da Autuada em escriturar as Notas Fiscais em nome das empresas Edafre Ind. e Com. de Materiais Plásticos Ltda. e Solearis Embalagens Ltda., sendo que conforme já demonstrado, a escrituração fora efetuado de forma equivocada por seu contador.

A constatação das supostas operações realizadas com as referidas empresas, foi apurada através de uma análise do Livro de Registro de Entradas de Mercadorias fornecido pela própria Autuada, o que se faz supor que ela não agiu de modo a esconder ou impedir a averiguação da Dúta Fiscalização de supostas irregularidades, que a própria Autuada desconhecia.

Deste modo, tendo a Autuada informado as supostas operações com absoluta transparência, permitindo ao Fisco a fiscalização e qualificação do fato, está ausente na espécie o evidente intuito de fraude, devendo, portanto, ser afastada a qualificação da multa de ofício. (...)

3.2 – DA INAPLICABILIDADE DA MULTA NO PERCENTUAL PREVISTO NO INCISO II, DO ARTIGO 572 DO RIPI/2010 – VEDAÇÃO AO NÃO CONFISCO

A Dúta Fiscalização entendeu ser aplicável a multa prevista no inciso II, do §1º, do artigo 572 do RIPI/2010, que corresponde ao valor das mercadorias atribuído nas notas fiscais, que importaram no montante de R\$ 5.306.053,30 (cinco milhões, trezentos e seis mil, cinquenta e três reais e trinta centavos).

Todavia, a multa prevista no referido artigo coloca em risco as atividades da Autuada, violando princípios constitucionais inseridos na Constituição Federal, o que não pode ser admitido.

(...) Verifica-se que o confisco deve ser entendido como a violação abrupta e arbitrária ao direito de propriedade de quaisquer tipos de bens, sendo a sua vedação expressa desde os remotos tempos da constituição – em seu sentido usual, não jurídico – do Estado Republicano, sendo por meio axiomático, ou camuflado, sob a forma de um tributo.

(...) Resta claro, assim, o caráter confiscatório do percentual da multa aplicada no presente caso, uma vez que seu valor torna-se desproporcional ao montante do débito, o qual supera o valor do imposto calculado.

(...) A par disso, torna-se totalmente ilegítimo e arbitrário o percentual exigido pela Duta Fiscalização, porquanto seu patamar acaba ferindo o princípio constitucional da capacidade contributiva, devendo, portanto, ser reduzido em patamares menores.

3.3 - JUROS DE MORA APLICÁVEIS AO DÉBITO TRIBUTÁRIO

O entendimento jurisprudencial, em conformidade com a legislação vigente prevê que sobre débitos tributários somente poderá incidir, a título de juros moratórios, o percentual máximo de 1% ao mês, não cumulativos, conforme determinação do Código Tributário Nacional.

Razão pela qual, entende a Autuada que sobre o suposto débito tributário apurado deverá, incidir tão somente os juros de 1% (um por cento) ao mês, nos exatos termos previstos na legislação tributária.

3.4 – DA COMUNICAÇÃO AO MINISTÉRIO PÚBLICO

Não bastassem as razões acima postas, vê-se ainda, que do Relatório Fiscal do Auto de Infração ora combatido, o mesmo dispõe que a situação descrita na autuação ensejou a formalização de Representação Fiscal para Fins Penais, a fim de que seja realizada providências penais, sem a ressalva de que tanto só poderá ocorrer depois de definitivamente constituído eventual crédito tributário, com o encerramento do processo administrativo final.

O EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, já se manifestou, em sede de Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, no sentido de que a decisão definitiva do processo administrativo-fiscal constitui condição objetiva de punibilidade, o que implica dizer que esta circunstância que impede a instauração da ação penal quando o débito tributário ainda estiver sendo discutido na esfera administrativa, conforme se infere da ementa abaixo reproduzida:

(...) Assim, antes do encerramento da fase administrativa, não há justa causa para qualquer tipo de ação penal, bem como o envio nesse momento do Auto de Infração para instauração de ação penal.

Em 11/10/2017, a DRJ/SDR julgou improcedente a impugnação, nos termos da ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS – IPI

PERÍODO DE APURAÇÃO: 01/01/2011 A 31/12/2011

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. INFRAÇÃO DE LEI. POSSIBILIDADE.

Comprovadas nos autos alguma das hipóteses do artigo 135, III do CTN, no caso, a infração de lei, correta a responsabilização solidária em relação ao crédito tributário exigido.

MULTA QUALIFICADA DE 150%.

Caracterizado o evidente intuito de fraude, cabe a aplicação da multa de ofício qualificada de 150%.

MULTA DE OFÍCIO. INCONSTITUCIONALIDADE. CONFISCO.

O exame da obediência das leis tributárias aos princípios constitucionais é matéria que não deve ser abordada na esfera administrativa.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

A cobrança de débitos para com a Fazenda Nacional, após o vencimento, acrescidos de juros moratórios calculados com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, além de amparar-se em legislação ordinária, não contraria as normas balizadoras contidas no Código Tributário Nacional.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENALIS

As Delegacias de Julgamento da Receita Federal (DRJ) não possuem competência legal para se pronunciar sobre este tema, conforme a Súmula CARF nº 28.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Intimado da decisão, em 01/11/2017, consoante AR constante dos autos, fl. 358, o sujeito passivo solidário JOAQUIM CARLOS ARANTES não se manifestou. Intimada da decisão, em 31/10/2017, consoante Termo de ciência por abertura de mensagem, fl. 355, a recorrente supra mencionada interpôs recurso voluntário, tempestivo, em 29/11/2017, consoante Termo de solicitação de juntada de documentos, fl. 360, no qual reprisou as alegações ofertadas na impugnação ao tempo que criticava as razões de decidir do acórdão guerreado. Por fim, requer a reforma da decisão de primeiro grau e a improcedência do auto de infração, ou sucessivamente, a redução da multa para patamares justos.

Posteriormente, o expediente foi encaminhado a esta Turma ordinária para julgamento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Corinto Oliveira Machado, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo, e preenchidos os demais requisitos de admissibilidade, merece ser apreciado e conhecido.

A única recorrente - Barriforte - não traz nada de novo aos autos, apenas reitera as mesmas alegações ofertadas na impugnação.

Nessa moldura, adota-se as razões da decisão recorrida, a seguir transcrita, nos termos do art. 57, § 3º, do Anexo II do RICARF:

I – DAS PRELIMINARES

I.1 - DA INEXISTÊNCIA DE DOLO PELA AUTUADA NA ESCRITURAÇÃO DOS LIVROS FISCAIS

6. Sustenta o Impugnante que foi intimado a apresentar diversos documentos, tendo dificuldade em obtê-los, mas deixou de apresentar somente os documentos referentes às empresas Edafre Ind. e Com. de Materiais Plásticos Ltda. e Solearis Embalagens Ltda. Afirma que o fato de não localizar os documentos das duas empresas causou estranheza à própria Autuada, uma vez que a mesma sempre manteve em seus arquivos toda a documentação pertinente às operações que realiza.

7. Prossegue afirmando que tal fato só fora efetivamente observado após o início da fiscalização, uma vez que com o falecimento de seu contador, no mês de junho de 2015, houve a dificuldade da Autuada em obter as informações de forma célere.

8. Assim, reconhece não restar dúvidas de que a pretensão do Fisco de glosar os créditos decorrentes de operações realizadas com as empresas Edafre Ind. e Com. de Materiais Plásticos Ltda. e Solearis Embalagens Ltda. está correta, uma vez que referidas operações foram equivocadamente lançadas pelo contador.

9. No entanto, alega que a multa aplicada é totalmente arbitrária e injusta, uma vez que inexistiu dolo por parte da Autuada, razão pela qual não há que se admitir a aplicação da multa no percentual exigido, conforme restará demonstrado ao longo da presente Impugnação.

10. Nesse contexto, o julgamento desta questão se dará no tópico adequado, de acordo com a peça de defesa.

I.2 - DA IMPOSSIBILIDADE DE INCLUIR O REPRESENTANTE LEGAL DA AUTUADA COMO RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO PELO DÉBITO OBJETO DO AUTO DE INFRAÇÃO

11. Sustenta a Impugnação que o representante legal da Autuada em nenhum momento agiu com dolo, na intenção de fraudar o Fisco, uma vez que toda a escrituração da empresa era realizada por seu contador, contratado para este fim, sendo que não havia qualquer interferência do mesmo nos registros realizados.

12. Além disso, afirma que, como a Autuada encontra-se sediada em local fixo, ativa, e em pleno desenvolvimento de suas atividades, não há fundamento legal para a inclusão do representante legal da empresa como sujeito passivo solidário.

13. Inicialmente, cumpre estabelecer que a base legal utilizada pela Autoridade Fiscal para a responsabilização solidária se encontra nos arts. 124, inciso I, e 135, inciso III, da Lei nº 5.172, de 25/10/1966 (Código Tributário Nacional), bem como no art. 28 do Decreto nº 7212/10 (Regulamento do IPI) a seguir transcritos:

Lei nº 5.172/66

Art. 124. São Solidariamente obrigados:

I – as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal; (...)

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: (...)

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Regulamento do IPI. Decreto 7212/10

Art. 28. São solidariamente responsáveis com o sujeito passivo, no período de sua administração, gestão ou representação, os acionistas controladores, e os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, pelos créditos tributários decorrentes do não recolhimento do imposto no prazo legal (Decreto-Lei nº 1.736, de 20/12/1979, art. 8º).

14. O procedimento fiscal sob análise fez-se necessário tendo em vista que, no decorrer de fiscalização desenvolvida junto à matriz da empresa, no tocante ao IRPJ, foi verificada a possibilidade da filial ter se utilizado de créditos de IPI sem que tenha ocorrido a efetiva aquisição de produtos.

15. Dando início à fiscalização na filial, o Auditor-Fiscal registrou no Termo de Início de Procedimento Fiscal tais constatações obtidas na matriz, conforme consta do Relatório Fiscal, intimando o contribuinte a apresentar as notas fiscais de entradas de mercadorias da filial adquiridas das empresas Recnag Transportes e Logísticas Ltda, Solearis Embalagens Ltda, e Edafre Ind. e Com. De Materiais Plásticos Ltda, bem como cópia dos documentos que comprovem o efetivo pagamento destas compras.

16. O Auditor-Fiscal verificou que a empresa lançou em seu Livro de Registro de Entradas de Mercadorias diversas notas fiscais de compras de mercadorias das empresas Edafre Ind. e Com. De Materiais Plásticos Ltda. (agora Edafre Cargas Ltda.) e Solearis Embalagens Ltda, todas com IPI destacado, cujos créditos foram aproveitados na apuração mensal do imposto.

17. Diante da não apresentação de documentos e justificativas ao que foi solicitado, principalmente pela não comprovação do efetivo pagamento pelas compras, esses valores do IPI lançados a crédito no Livro de Apuração do IPI foram glosados e o imposto apurado exigido no Auto de Infração ora impugnado.

18. O Auditor-Fiscal realizou diligências nas empresas Edafre Cargas Ltda e Solearis Embalagens Ltda, resultando nas baixas de ofício de ambas, por terem se enquadrado na condição de inexistente da fato, prevista na IN RFB nº 1634/2016, com efeitos retroativos à data de início das atividades das empresas, respectivamente, 15/06/2010 e 16/06/2010. De acordo com o previsto no art. 47 da IN RFB nº 1634/2016, é inidôneo o documento emitido por entidade baixada, sendo que os valores constantes de tais documentos não podem ser utilizados como crédito do IPI.

19. Tendo em vista tais fatos, a Autoridade Fiscal enquadrou a conduta do contribuinte na hipótese de crime prevista no art. 71 da Lei nº 4.502/64, bem como no artigo 1º da Lei nº 8.137/90, por se aproveitar de créditos não existentes para a dedução do IPI devido mensalmente. Além disso, a multa aplicada ao crédito tributário foi de 150% (multa qualificada), nos termos do art. 44, § 1º, da Lei nº 9.430/96, bem como foi formalizada Representação Fiscal para Fins Penais.

20. Joaquim Carlos Arantes, à época dos fatos, era sócio da autuada, detendo 99% das cotas, juntamente com Carlos Leite de Oliveira, conforme Contrato Social anexado pelo Auditor-Fiscal às fls. 06 a 11 do processo eletrônico. Conforme a Cláusula 6ª do referido contrato, a sociedade era administrada isoladamente pelo sócio Joaquim Carlos Arantes, que detinha amplos poderes para sua gestão.

21. Em decorrência dos fatos narrados pela Autoridade Tributária no Relatório Fiscal, resta perfeitamente demonstrado que as obrigações tributárias que originaram a presente autuação decorreram de atos praticados pelo sócio-administrador com infração de lei. Leandro Paulsen, em sua obra Direito Tributário, 11ª ed., 2009, pág. 976, expõe entendimento de outro autor sobre o tema:

“O que pode constituir infração, o que pode levar o diretor, gerente ou administrador a tornarem-se responsáveis, é a causa do não pagamento, mas jamais este próprio efeito, tomado isoladamente. Então, é preciso que se investigue as causas dessa inadimplência para verificar se, entre elas, estariam fatos capazes de serem enquadrados como excesso de poderes, infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto”. (BOTALLO, Eduardo Domingos. In: GRUPENMACHER, Bettina Treiger. Direito Tributário e o Novo Código Civil. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p.192/3)

22. Para o autor, citado por Leandro Paulsen, o não pagamento do tributo até a data do vencimento, por si só, não atrai a responsabilidade tributária para o sócio-gerente, mas, a depender da causa deste inadimplemento, poderá ocorrer tal responsabilização.

Tivesse o contribuinte realizado corretamente toda a apuração dos tributos, apresentado as declarações fiscais a que estava obrigado (obrigação acessória), e apenas não tivesse realizado o recolhimento, não haveria a responsabilização.

23. Nessa situação, seria um simples caso de tributo “declarado e não pago”. No entanto, a condução dos negócios realizada pelo sócio-administrador evidencia claramente que as obrigações tributárias apuradas na ação fiscal são resultado de infrações à legislação tributária, civil, comercial e penal, através das quais o sócio-administrador buscava fazer crer que realizava a correta apuração do IPI, quando, na verdade, inseria créditos sabidamente inexistentes nesta apuração.

24. A infração à legislação penal está suficientemente caracterizada no art. 1º, incisos II e IV, da Lei nº 8.137/90, a seguir transcrito, que tipifica as seguintes condutas como crime contra a ordem tributária:

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: (Vide Lei nº 9.964, de 10/04/2000) (...)

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;(...)

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

25. A conduta adotada pelo sócio-administrador na gestão do contribuinte fiscalizado, descrita no Relatório Fiscal, subsume-se perfeitamente às normas acima transcritas. Ao proceder à escrituração, em livro fiscal, de créditos de IPI que sabia não existirem, por estarem amparados em notas fiscais inidôneas, conseguiu reduzir ou suprimir tributo (IPI).

26. No presente caso, a efetiva supressão ou redução do tributo ocorreu, motivo pelo qual procedeu-se à autuação do contribuinte. Observe-se a lição esclarecedora contida no seguinte excerto da decisão da 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, tendo como Relator o Desembargador Silvio Gemaque, publicada no DJF em 04/08/2010, proferida nos autos do processo nº 201003000030380, Habeas Corpus nº 39669:

7. A materialidade do delito de sonegação fiscal se prova com a demonstração da constituição definitiva do crédito tributário, acompanhada do respectivo procedimento administrativo fiscal, referente à omissão da renda tributável, e não com os extratos bancários que embasaram o levantamento da fiscalização tributária (...) 9. A jurisprudência dos Tribunais Superiores é no sentido da dispensabilidade do laudo pericial no crime de sonegação fiscal, quando presente nos autos os demonstrativos fiscais e demais elementos suficientes a comprovar a materialidade delitiva. No caso, a materialidade delitiva restou comprovada mediante a prova da constituição definitiva do crédito tributário, decorrente da omissão de renda tributável.

27. As infrações à legislação tributária já foram todas minuciosamente descritas no Relatório Fiscal. Observe-se que não se resumem ao simples inadimplemento, indo à transgressão das regras positivadas na legislação do IPI, em especial aquela prevista no art. 25 da Lei nº 4.502, de 1964, que só permite a dedução do montante do imposto relativo aos produtos efetivamente entrados no estabelecimento, e a prevista no art. 226, I, do Regulamento do IPI (Decreto nº 7.212/64), que só permite o crédito do imposto relativo a matéria-prima, produto intermediário e material de embalagem, adquiridos para emprego na industrialização:

Lei nº 4.502, de 30/11/1964

Art. 25. A importância a recolher será o montante do imposto relativo aos produtos saídos do estabelecimento, em cada mês, diminuído do montante do imposto relativo aos produtos nele entrados, no mesmo período, obedecidas as especificações e normas que o regulamento estabelecer.

Decreto nº 7.212, de 15/06/2010

Art. 226. Os estabelecimentos industriais e os que lhes são equiparados poderão creditar-se (Lei nº 4.502, de 1964, art. 25):

I - do imposto relativo a matéria-prima, produto intermediário e material de embalagem, adquiridos para emprego na industrialização de produtos tributados, incluindo-se, entre as matérias-primas e os produtos intermediários, aqueles que, embora não se integrando ao novo produto, forem consumidos no processo de industrialização, salvo se compreendidos entre os bens do ativo permanente;

28. Da mesma forma, o sócio-administrador também infringiu a lei civil e comercial, como se depreende da leitura do art. 1.011 da Lei nº 10.406, de 2002 (novo Código Civil), e dos arts. 153 e 154 da Lei nº 6.404, de 1976 (Lei das S/A):

Lei nº 10.406/2002

Art. 1.011 O administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios.

Lei nº 6.404/76

SEÇÃO IV

Deveres e Responsabilidades

Dever de Diligência

Art. 153. O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios.

Finalidade das Atribuições e Desvio de Poder

Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

§ 1º O administrador eleito por grupo ou classe de acionistas tem, para com a companhia, os mesmos deveres que os demais, não podendo, ainda que para defesa do interesse dos que o elegeram, faltar a esses deveres.

29. Ora, não é possível imaginar que age com cuidado e diligência um sócio-administrador que, na gestão de sua empresa, comete crimes contra a ordem tributária, infringindo a legislação civil, penal e tributária e sujeitando-a ao pagamento de juros e multas de ofício que podem variar entre 75 e 225%, comprometendo sua viabilidade financeira.

30. O sócio-administrador, procedendo de forma livre e consciente no objetivo de se eximir ilegalmente do pagamento dos tributos, mediante condutas tipificadas como crimes, infringiu a lei penal, tributária, civil e comercial, e torna-se solidariamente responsável pelos créditos tributários apurados.

31. A alegação de que toda a escrituração da Autuada era realizada por seu contador e o sócio-administrador não detinha qualquer interferência nos registros contábeis não é minimamente razoável. Como poderia um funcionário da Autuada ter acesso a mais de 200 notas fiscais inidôneas, emitidas por uma empresa inexistente de fato, referentes a

operações que a Autuada nunca realizou (até porque não comprovou os supostos pagamentos destas compras), e registrá-las em uma conta contábil denominada “Acordo Extra Judicial”, sobre a qual o sócio sequer apresentou uma explicação sobre sua natureza, apesar de intimado a tanto?

32. O acolhimento desta tese de defesa levaria à absurda conclusão de que o sócio-administrador, aquele que efetivamente se beneficiou com a escrituração de créditos sabidamente inexistentes, não sofreria qualquer responsabilização tributária, a qual deveria recair sobre um contador, que em nada se beneficiou com a fraude identificada pela Autoridade Fiscal.

33. Vale ressaltar que o Impugnante não apresenta qualquer prova de que o contador atuou à revelia de sua orientação, ou de que se locupletou dos valores sonegados ou obteve qualquer outro benefício com sua conduta. Limita-se a uma simplória afirmação, genérica, desprovida de provas e de detalhes, de que não era responsável pela escrituração contábil.

34. É dever elementar de qualquer gestor, como bem ressalta o artigo 1.011 do novo Código Civil, zelar pelo bom desempenho das funções de todos aqueles que lhe prestam serviços, determinando e verificando se estes estão cumprindo todas as normas legais. Além do mais, os valores não desembolsados com o pagamento dos tributos se reverterem para a sociedade, ou seja, para si próprio, e não para seus funcionários ou seu contador.

35. Por fim, não pode ser desprezada a conduta do sócio-administrador da Autuada durante o procedimento fiscal, posto que não colaborou com o mesmo, tendo apresentado apenas o Livro de Registro de Apuração do IPI, furtando-se de apresentar todos os demais documentos e justificativas solicitados pelo Auditor-Fiscal em reiteradas intimações, algumas sem qualquer resposta de sua parte.

36. Corroborando com a tese de responsabilização tributária do sócio-administrador, as seguintes decisões judiciais e administrativas:

A) Acórdão nº 1402-001.316 - 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária – 1ª Seção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, Sessão de 05/03/2013. EMENTA: (...) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. SÓCIO-ADMINISTRADOR. FRAUDE FISCAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. A seqüência de atos, robustamente comprovados nos autos, demonstra o intuito doloso da contribuinte em modificar as características essenciais da ocorrência do fato gerador, caracterizando a fraude fiscal, e corresponde a tipo previsto na lei de crimes contra a ordem tributária, razão pela qual os sócios-administradores devem ser responsabilizados solidariamente com a pessoa jurídica, consoante norma do artigo 135, inciso III do CTN. (...) VOTO: (...) Resta demonstrado, portanto, que os sócios Giuseppe Vecci e Vivianne de Araújo Almeida Vecci detêm poderes de administração sobre a pessoa jurídica. Tal constatação é fundamental, uma vez que o inciso III do art. 135 do CTN trata da responsabilidade dos administradores das pessoas jurídicas, ou seja, o fundamento da responsabilização repousa sobre as pessoas que detêm poderes de gerência, e não sobre aqueles que somente sejam sócios. Assim, o responsável pode ser tanto um “sócio-gerente”, quanto um diretor contratado.

(...) No caso concreto, conforme já demonstrado, resta evidente que os atos dos sócios-administradores foram praticados em desacordo com a lei, caracterizando fraude fiscal, consoante disposto artigo 72, da Lei nº 4.502, de 1964, além de a conduta estar tipificada penalmente, no art. 1º, inciso II, da Lei nº 8.137, de 1990, que define os crimes contra a ordem tributária.

B) Apelação Criminal nº 6093 (Processo 200783000108292), 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Relator Desembargador Federal Frederico Pinto de Azevedo, Decisão em 17/03/2011, publicado no DJE em

19/04/2011, pág. 331. EMENTA: CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, I, DA LEI Nº 8.137/90. SÓCIO-ADMINISTRADOR. OMISSÃO DA PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES RELEVANTES AO FISCO. SUPRESSÃO DE TRIBUTOS. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS COMPROVADAS. VOTO: (...) Passo a analisar a autoria e a materialidade do crime previsto no art. 1º, inc. I, da Lei nº 8.137/90, com relação a JOSÉ CAVALCANTI DE ALBUQUERQUE, sócio responsável pela administração da sociedade. Da leitura das peças dos autos, observa-se que o Apelante procura, a todo o momento, indicar, como responsável pelo recolhimento dos tributos, o contador da firma contratada pela firma para fazer a contabilidade. Porém sendo o Apelante o representante legal da firma TRANSPORTADORA CAMPOS ALBUQUERQUE LTDA, ostentando a condição de gerente e, tendo, como alegou no interrogatório, conhecimento dos valores pagos e recebidos pela empresa, e dos valores efetivamente pagos à Receita Federal, é inafastável a sua responsabilidade na administração da firma – fls. 13/14.

(...) No que diz respeito à elementar subjetiva do ilícito, penso estar positivada nos autos. A postura de abster-se de prestar ao Fisco informações relevantes – alusivas à existência de atividade empresarial, em face da qual surgiriam obrigações tributárias, tais como, o Imposto de Renda da Pessoa Jurídica, o Programa de Integração Social, a Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido e a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social, traz consigo o dolo, mormente quando, do fato da omissão de informações, derivou o não recolhimento de tributos, com o conseqüente prejuízo para o Fisco (sentido amplo da expressão) de R\$ 616.230,92 (seiscentos e dezesseis mil, duzentos e trinta reais e noventa e dois centavos) o que rendeu azo à inscrição desse montante, na Dívida Ativa da União -fls. 100/103.

C) AGRAVO DE INSTRUMENTO (Processo 200604000039204), 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Relator Desembargador Federal Joel Ilan Paciornik, Decisão em 10/05/2006, publicado no DJ em 24/05/2006. EMENTA: TRIBUTÁRIO. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. POSSIBILIDADE. PRESUNÇÃO DE IRRESPONSABILIDADE DO SÓCIO ELIDIDA. 1 - Pela regra geral, os diretores, gerentes e representantes não são responsáveis tributários (art. 135, III, do CTN, contrário senso), só assumindo tal condição se atuarem com infringência às disposições de lei ou do instrumento constitutivo da sociedade, ou com abuso de poderes, o que se dá excepcionalmente, na forma do mesmo art. 135, III, do CTN. 2 - No caso, verifica-se que foi instaurado inquérito para apuração de crimes falimentares, resultando em processo crime, havendo, ao menos em tese, infração à lei. Nesse compasso, inverte-se a presunção, cabendo aos co-responsáveis tributários o ônus de desconstituir a presunção de responsabilidade a eles atribuída, autorizando, portanto, o redirecionamento postulado. 3 - Agravo de instrumento provido.

D) Apelação Criminal nº 8424 (Processo judicial nº 200980000043044) - 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Relator Desembargador Federal Francisco Cavalcanti. Decisão em 17/05/2012, publicada no DJE em 25/05/2012, pág. 92. EMENTA: PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 1º, I, DA LEI Nº 8.137/90). (...) 4. A materialidade delitiva restou sobejamente demonstrada através do PAF nº 10410.008003/2008-89, contendo Representação Fiscal para Fins Penais, devidamente encerrado, onde ficou consignado que a conduta delituosa levou à supressão de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS no montante total de R\$ 653,208,11. 5. O apelante era, à época

da sonegação fiscal, o titular da firma individual em questão. Desse modo, sobre ele recaía a responsabilidade sobre todas as obrigações correspondentes à atividade empresarial desenvolvida, inclusive a de declarar e pagar as obrigações tributárias; além de ser a única pessoa beneficiada com a conduta criminosa.

II – DO MÉRITO

II.1 - DO INDEVIDO PERCENTUAL DA MULTA APLICADA – INEXISTÊNCIA DE DOLO

37. Sustenta o Impugnante que o percentual da multa aplicada é totalmente arbitrário e injusto, uma vez que não houve dolo por parte da Autuada em escriturar as Notas Fiscais inidôneas.

38. Afirma que a constatação das supostas operações realizadas com as referidas empresas foi apurada através de uma análise do Livro de Registro de Entradas de Mercadorias fornecido pela própria Autuada, o que faz supor que ela não agiu de modo a esconder ou impedir a averiguação da fiscalização de supostas irregularidades, que a própria Autuada desconhecia.

39. Ocorre, entretanto, que a multa proporcional aplicada no valor de R\$1.374.808,40 se encontra legalmente prevista no art. 80, caput e § 6º, inciso II, da Lei nº 4.502/64, com a redação dada pelo art. 13 da Lei nº 11.488, de 15/06/2007, conforme consta do Auto de Infração:

Art. 80. A falta de lançamento do valor, total ou parcial, do imposto sobre produtos industrializados na respectiva nota fiscal ou a falta de recolhimento do imposto lançado sujeitará o contribuinte à multa de ofício de 75% (setenta e cinco por cento) do valor do imposto que deixou de ser lançado ou recolhido. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007) (...)

§ 6º O percentual de multa a que se refere o caput deste artigo, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis, será: (Incluído pela Lei nº 11.488, de 2007) (...)

II - duplicado, ocorrendo reincidência específica ou mais de uma circunstância agravante e nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 11.488, de 2007)

40. Quanto à multa regulamentar aplicada no valor de R\$5.306.053,30, sua previsão legal se encontra no art. 572, inciso II do Decreto nº 7.212/2010 (RIPI/10), conforme consta do Auto de Infração:

Art. 572. Sem prejuízo de outras sanções administrativas ou penais cabíveis, incorrerão na multa igual ao valor comercial da mercadoria ou ao que lhe for atribuído na nota fiscal, respectivamente (Lei nº 4.502, de 1964, art. 83, e Decreto-Lei nº 400, de 1968, art. 1º, alteração 2ª): (...)

II - os que emitirem, fora dos casos permitidos neste Regulamento, nota fiscal que não corresponda à saída efetiva, de produto nela descrito, do estabelecimento emitente, e os que, em proveito próprio ou alheio, utilizarem, receberem ou registrarem essa nota para qualquer efeito, haja ou não destaque do imposto e ainda que a nota se refira a produto isento (Lei nº 4.502, de 1964, art. 83, inciso II, e Decreto-Lei nº 400, de 1968, art. 1º, alteração 2ª).

41. A aplicação destas multas não depende de existência de dolo, ao contrário do que afirma o Impugnante, conforme o art. 136 da Lei nº 5.172/66 (CTN):

Art. 136. Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

42. A exceção a essa regra fica por conta apenas da aplicação da multa no percentual de 150%, correspondente à duplicação da multa de 75%, pois, nos termos do art. 80, § 6º, inciso II, da Lei nº 4.502/64, ela só foi aplicada por se tratar, nesta autuação, do caso previsto no art. 72 dessa mesma lei, ou seja, fraude:

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

43. Entretanto, conforme amplamente analisado nos itens 11 a 35 deste Acórdão, no tópico sobre a Sujeição Passiva Solidária, é inverossímil a tese de que o sócio-gerente não tenha agido com dolo. Com base nos fatos narrados pela Autoridade Tributária no Relatório Fiscal, resta amplamente demonstrado que a fraude perpetrada só poderia ter ocorrido com a participação livre e consciente do seu único administrador.

II.2 - DA INAPLICABILIDADE DA MULTA NO PERCENTUAL PREVISTO NO INCISO II, DO ARTIGO 572 DO RIPI/2010 – VEDAÇÃO AO NÃO CONFISCO

44. Sustenta o Impugnante que a multa prevista no inciso II, do §1º, do artigo 572 do RIPI/2010, coloca em risco as atividades da Autuada, violando princípios constitucionais inseridos na Constituição Federal, o que não pode ser admitido. Entende restar claro o caráter confiscatório do percentual da multa aplicada, uma vez que seu valor torna-se desproporcional ao montante do débito, o qual supera o valor do imposto calculado, devendo, portanto, ser reduzido em patamares menores.

45. Não compete a este Órgão declarar a ilegitimidade da norma legalmente constituída. A legalidade de dispositivos aplicados ao lançamento deve ser questionada, exclusivamente, perante o Poder Judiciário. O exame da obediência das leis tributárias aos princípios constitucionais (da vedação ao confisco e da proporcionalidade) é matéria que não deve ser abordada na esfera administrativa, consoante se infere da Súmula CARF nº 2:

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

II.3 - JUROS DE MORA APLICÁVEIS AO DÉBITO TRIBUTÁRIO

46. Sustenta o Impugnante que a legislação vigente prevê que sobre débitos tributários somente poderá incidir, a título de juros moratórios, o percentual máximo de 1% ao mês, não cumulativos, conforme determinação do Código Tributário Nacional.

47. O art.161 do CTN apresenta a seguinte regra:

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

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

48. Valendo-se da faculdade legal, o legislador ordinário, com a Lei nº 9.065/1995, artigo 13, e, posteriormente, com a Lei nº 9.430/96, artigo 61, § 3º, determinou que os juros de mora seriam equivalentes à taxa SELIC.

49. Elegendo o legislador a taxa referencial SELIC para o cálculo dos juros moratórios decorrentes da impontualidade do sujeito passivo no adimplemento da obrigação tributária, cabe à Fiscalização, em atividade vinculada que é o lançamento, observar o disposto na legislação.

50. O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), já se pronunciou sobre o tema, conforme súmula abaixo transcrita:

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. Improcedente, portanto, a contestação da aplicação da taxa referencial SELIC, vez que o impugnante está a insurgir-se contra disposições expressas de lei. A incidência de juros de mora em percentuais superiores a 1% ao mês encontra guarida no art. 84, I, da Lei nº 8.981/95, no art. 13 da Lei nº 9.065/95, e no art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96, estando a aplicação dos juros de mora em questão em perfeita harmonia com os preceitos legais que regem a matéria.

51. Improcedente, portanto, a contestação da aplicação da taxa referencial SELIC, vez que o Impugnante está a insurgir-se contra disposições expressas de lei. A incidência de juros de mora em percentuais superiores a 1% ao mês encontra guarida no art. 13 da Lei nº 9.065/95 e no art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96, estando a aplicação dos juros de mora em questão em perfeita harmonia com os preceitos legais que regem a matéria.

II.4 - DA COMUNICAÇÃO AO MINISTÉRIO PÚBLICO

52. Sustenta o Impugnante que, antes do encerramento da fase administrativa, não há justa causa para qualquer tipo de ação penal, bem como o envio, nesse momento, do Auto de Infração para instauração de ação penal.

53. Entretanto, à semelhança do CARF, as Delegacias de Julgamento da Receita Federal (DRJ) não possuem competência legal para se pronunciar sobre este tema, conforme a Súmula CARF nº 28:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais.

Posto isso, voto por **negar provimento** ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Corintho Oliveira Machado