



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

Processo nº 19515.720141/2013-01
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3301-002.159 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 28 de janeiro de 2014
Matéria IPI - AI
Recorrente PHOENIX INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE TABACOS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2008 a 20/07/2008, 01/12/2008 a 31/12/2010

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE.

O Auto de Infração lavrado por Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, com a indicação expressa das infrações imputadas ao sujeito passivo e das respectivas fundamentações, constitui instrumento legal e hábil à exigência do crédito tributário.

LANÇAMENTO. NULIDADE.

É válido o lançamento efetuado de conformidade com as normas legais que regem o procedimento administrativo fiscal.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI

Período de apuração: 01/01/2008 a 20/07/2008, 01/12/2008 a 31/12/2010

VALORES DEVIDOS. FALTA DE DECLARAÇÃO/PAGAMENTO.

Os valores do imposto apurados com base na documentação fiscal e na escrituração contábil e fiscal que não foram declarados nas respectivas nem pagos estão sujeitos a lançamento de ofício.

INCONSTITUCIONALIDADE. PIS/COFINS. IMPORTAÇÃO.

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

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO (AGRAVAMENTO). FRAUDE.

A falta de lançamento e destaque do imposto nas respectivas notas fiscais de saída/venda do produto, de forma reiterada, durante três anos calendários consecutivos, para todos os períodos de apuração, constitui fraude que enseja o agravamento da multa ofício.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. IMPUTAÇÃO

Correta a imputação de responsabilidade tributária solidária aos sócios administradores da sociedade por ter agido com infração à legislação tributária, visando excluir e/ ou reduzir os tributos devidos na industrialização e comercialização dos produtos.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário do sujeito passivo, e pelo voto de qualidade, em negar provimento aos recursos voluntários dos dois sócios, termos do voto do Relator. Vencidos os conselheiros Antônio Lisboa, Bernardo Motta Moreira e Maria Teresa Martinez Lopes que davam provimento aos recursos dos sócios.

(assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas - Presidente

(assinado digitalmente)

José Adão Vitorino de Moraes - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Rodrigo da Costa Possas, Maria Teresa Martínez López, José Adão Vitorino de Moraes, Antônio Lisboa Cardoso, Andrada Márcio Canuto Natal e Bernardo Motta Moreira.

Relatório

Trata-se de recursos voluntários interpostos contra decisão da DRJ em Ribeirão Preto (SP) que julgou improcedentes as impugnações interpostas contra o lançamento do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), referente aos fatos geradores ocorridos nos períodos mensais de competência janeiro a julho e dezembro de 2008, janeiro a dezembro de 2009, e janeiro a dezembro de 2010.

O lançamento decorreu da falta de declaração/pagamento total e/ ou parcial do imposto escriturado para os decêndios de 1-12/2008; 1-04/2009; 2-04/2009; 3-4/2009; e para os meses de junho e novembro de 2010 e também da saída de carteira de cigarros sem o lançamento do IPI nas respectivas notas fiscais, para as competências de janeiro de 2008 a dezembro de 2010, conforme Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal às fls. 2.035/2.040 e Termo de Verificação Fiscal às fls. 2.195/2.201.

Inconformada com o lançamento, a recorrente impugnou-o (fls. 2.204/2.235), alegando razões assim resumidas por aquela DRJ:

1) A apuração das diferenças a lançar foi baseada em legislação eivada de inconstitucionalidade, pois até junho de 1999 o recolhimento do IPI se dava com base em alíquota *ad valorem* (41,25% sobre o preço de venda a varejo do cigarro); porém, com o Decreto nº 3.070/99 instituiu o cálculo do imposto por unidade de produto (por vintena), ou seja, mediante alíquota específica, e o Decreto nº 4.544/2002 manteve a forma de tributação, com a fixação de quatro classes distintas (I a IV); 2) Houve violação da hierarquia das leis, pois antes do advento do Decreto

nº 3.070/99 as operações com cigarros eram tratadas pela Lei nº 7.798/89, pela qual a base de cálculo corresponde ao valor da operação (arts. 46 e 47); pela Constituição Federal de 1988, art. 146, III, “a”, somente lei complementar pode definir base de cálculo de impostos, jamais lei ordinária ou decreto, consoante doutrina aduzida; 3) Também conforme doutrina, não pode haver fixação de alíquota não prevista em Lei pelo Poder Executivo mediante a edição do referido Decreto; 4) O princípio da legalidade é um dos paradigmas do Estado de Direito, ainda de acordo com a mais lúcida doutrina: é o princípio básico que rege a Administração Pública e a sobredita alteração na tributação do IPI não poderia ter sido implementada sem autorização em lei; 5) O princípio de igualdade também é vulnerado com a modificação na tributação dos cigarros, sendo que a aplicação da alíquota *ad valorem* equilibra a relação entre os contribuintes de IPI; 6) A multa qualificada somente pode ser aplicada se houver fraude, dolo ou conluio, sendo a má-fé o elemento nuclear da conduta e que deve ser caracterizada por provas na lavratura de autuação, sendo o ônus da prova da autoridade fiscal, o que é corroborado por decisões do Conselho de Contribuintes: inexistem provas nos autos de que o sujeito passivo tenha praticado fraude ou simulação, mas somente “fortes indícios” e fatos que caracterizam “em tese” a ocorrência de crime contra a ordem tributária; a aplicação de multa isolada de valor exorbitante configura atitude extrema do Fisco, sendo o respectivo cancelamento medida inafastável ante a inconstitucionalidade da legislação aplicada; 7) A descrição dos fatos do auto de infração, apenas com indícios, não comprova a prática de ato ilegal e caracteriza cerceamento do direito de defesa de que trata a CF/88, art. 5º, LV; não há a inequívoca configuração das circunstâncias qualificativas já referidas. Por fim, requer que seja acolhida a defesa administrativa e que seja julgado improcedente o auto de infração, em virtude da apuração de valores com fulcro em legislação manifestamente inconstitucional, sendo também ausentes as hipóteses que dão causa à imposição da multa de 150%.

Além do lançamento contra a recorrente, foram também lavrados termos de sujeição passiva solidária, nos termos do CTN, art. 135, contra Ursino da Silva Gúdio Filho, CPF nº 797.358.008-35, e Luis Fernando Nabuco de Abreu, CPF nº 814.179.508-20, ambos sócios com poderes de administração à época dos fatos geradores. Intimados dos respectivos termos, ambos apresentaram impugnações com o mesmo teor da impugnação interposta pela recorrente.

Analisadas as impugnações, aquela DRJ, julgou-as improcedentes, conforme Acórdão nº 14-41.555, datado de 24/04/2013, às fls. 2.345/2.356, sob as seguintes ementas:

“FALTA DE LANÇAMENTO DO IMPOSTO. CIGARROS. CLASSES DE VALORES.

É devido o imposto não lançado ou lançado a menor nas notas fiscais de saída em desacato à legislação que trata do regime tributário das classes de valores para cigarros.

FALTA DE RECOLHIMENTO OU DECLARAÇÃO EM DCTF DO IMPOSTO.

É devido o imposto lançado nas notas fiscais de saída mas não recolhido ou não declarado em DCTF.

MULTA DE OFÍCIO. CIRCUNSTÂNCIA QUALIFICATIVA.

É infligida a multa exasperada de 150% se observada uma das circunstâncias qualificativas previstas em lei, como a sonegação,

inclusive se houver falta de lançamento, total ou parcial, com cobertura de créditos.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA.

Inexiste cerceamento do direito de defesa se o auto de infração ostentar os requisitos legais e a fundamentação do feito for suficiente em todos os aspectos.

ARGÜIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE.

Argüições de inconstitucionalidade extrapolam a competência da instância administrativa, salvo se já houver decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em controle concentrado de constitucionalidade, hipótese em que compete à autoridade julgadora afastar a respectiva aplicação se houver autorização do Secretário da Receita Federal.”

Cientificada dessa decisão, a recorrente interpôs recurso voluntário (fls. 2.376/2.408), requerendo, em preliminar, a nulidade do auto de infração sob a alegação de “*que a descrição minuciosa dos fatos não se destina a comprovar a prática de ato ilegal pela impugnante*”, contrariando o disposto no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal (CF) de 1998; e, no mérito, o cancelamento do crédito tributário sob o fundamento de inconstitucionalidade dos dispositivos legais em que se fundamentou a sua exigência, por infringir os princípios da hierarquia das leis, da ilegalidade da fixação de alíquota específica, da legalidade e da igualdade; contestou, ainda, a qualificação da multa de ofício, sob o argumento de que não foi comprovada a ocorrência de fraude, dolo ou conluio, concluindo que “***FACE O EXPOSTO***, *requer a Recorrente seja dado provimento ao presente recurso voluntário, para o fim de que seja homologado o pedido de compensação apresentado pela Recorrente, pelas razões já expostas na sua manifestação de inconformidade. Caso não seja esse o entendimento esposado por V.Sª, o que se admite apenas para argumentar, a Recorrente requer seja concedido prazo de 30 dias para apresentação de todos os documentos contábeis que comprovam a origem do crédito que se pleiteia compensar*”.

Para fundamentar seu recurso, expendeu extenso arrazoado sobre: “***1. DOS FATOS; 2. DO DIREITO; 2.1 DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA HIERARQUIA DAS LEIS; 2.2 DA ILEGALIDADE DA FIXAÇÃO DE ALÍQUOTA ESPECÍFICA; 2.3 DA OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE; 2.4 DA OFENSA AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE; 2.5 DA QUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO; 2.5.1 DO CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA***”.

Também intimados da referida decisão, os responsáveis solidários interuseram os respectivos recursos voluntários (fls. 2.422/2.433; e fls. 2.435/2.446), requerendo o cancelamento dos Termos de Sujeição Passiva, alegando, em síntese, que não podem ser responsabilizados pelas obrigações contraídas, em nome da sociedade, em virtude da prática de atos regulares de gestão, exceto se restar comprovado que foram praticados com culpa, dolo, violação de lei ou do contrato social.

Para fundamentar seus recursos, discorreram sobre: “***1. DOS FATOS; 2. DO DIREITO; 2.1 DA FALTA DE EVIDÊNCIA QUANTO À OCORRÊNCIA DE ATOS PRATICADOS COM EXCESSO DE PODERES OU INFRAÇÃO À LEI; 2.2 DA NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVAS NA CONSTRUÇÃO DOS FATOS PARA DEMONSTRAR INFRAÇÃO À LEI OU CONTRATO SOCIAL; 2.2.1 OS MEIOS DE PROVAS ACEITOS PELA LEGISLAÇÃO CIVIL E SUA IMPORTÂNCIA PARA OS ATOS DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO NOS CASOS DE SIMULAÇÃO E FRAUDES***”.

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

Autenticado digitalmente em 05/02/2014 por JOSE ADAO VITORINO DE MORAIS, Assinado digitalmente em 05

/02/2014 por JOSE ADAO VITORINO DE MORAIS, Assinado digitalmente em 08/05/2014 por RODRIGO DA COSTA

POSSAS

Impresso em 18/06/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Adão Vitorino de Moraes

O recurso apresentado atende aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972. Assim, dele conheço.

Inicialmente, quanto ao pedido constante do final do recurso voluntário em discussão para que *“...seja dado provimento ao presente recurso voluntário, para o fim de que seja homologado o pedido de compensação apresentado pela Recorrente, pelas razões já expostas na sua manifestação de inconformidade. Caso não seja esse o entendimento esposado por V.S^a, o que se admite apenas para argumentar, a Recorrente requer seja concedido prazo de 30 dias para apresentação de todos os documentos contábeis que comprovam a origem do crédito que se pleiteia compensar”*, sua apreciação e julgamento ficou prejudicado, porque se trata de matéria estranha aos autos.

Com a proliferação dos instrumentos dos programas de informática para a redação de textos (Word, etc.), a cultura de copiar e colar se disseminou e, com segurança, posso afirmar que aquele pedido foi copiado de outro processo e colado no presente recurso por equívoco.

Assim, as matérias a serem analisadas e julgadas nesta fase recursal serão somente aquelas apresentadas contra a exigência do IPI, ou seja, em preliminar, a nulidade do lançamento; e, no mérito, a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que fundamentam sua exigência e a qualificação da multa de ofício.

I – Nulidade do auto de infração

A suscitada nulidade do auto de infração sob o argumento de que “a Autoridade Fiscal não logrou demonstrar que a Impugnante praticou fraude ao promover o lançamento do IPI, pois a indicação de indícios não são suficientes para demonstrar que a conduta adotada foi determinante no sentido de impedir ou retardar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características principais, são equivocadas e não tem amparo legal.

O auto de infração somente seria nulo se tivesse sido lavrado por pessoa incompetente ou sem fundamentação legal, conforme dispõe o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, art. 59, inciso I:

“Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

[...].

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito

passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.”

O auto de infração em discussão foi lavrado por Auditor-Fiscal da Receita Federal (RFB), servidor competente para exercer fiscalização externa de pessoas jurídicas e, se constatadas irregularidades no cumprimento das obrigações tributárias, por parte da fiscalizada, tem competência legal para a sua lavratura, com o objetivo de constituir o crédito tributário por meio do lançamento de ofício.

Do seu exame, verifiquei que nele estão demonstradas as infrações imputadas à recorrente, falta de declaração/pagamento do imposto lançado e escriturado e saída de produto sem o destaque e lançamento do imposto nas respectivas notas fiscais o que implicou na constituição do crédito tributário para exigir de ofício os valores devidos nos termos da legislação vigente, Decreto nº 4.544, de 26/12/2002, que tem como matriz a Lei nº 4.502, de 30/11/1964.

Ao contrário do entendimento da recorrente, o lançamento não teve como fundamento indícios de conduta adotada por ela, visando impedir ou retardar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características principais, mas falta de declaração/pagamento do imposto devido.

Assim, não há que se falar em nulidade do lançamento.

II – Mérito

II-1 – Valores lançados e exigidos

Os valores das parcelas não foram impugnados. A discordância da recorrente, quanto a sua exigência, se limitou à alegação de inconstitucionalidade do Decreto nº 4.544, de 26/12/2002, que o fundamentou. Segundo, seu entendimento, esta norma legal é inconstitucional por infringir os princípios da hierarquia das leis, da ilegalidade da fixação de alíquota específica, da legalidade e da igualdade.

II-2 - Inconstitucionalidade

Conforme citado e informado, o lançamento em discussão teve como fundamento legal o Regulamento do Imposto sobre Produtos Industrializados (RIPI), aprovado pelo Decreto nº 4.544, de 26/12/2002, que tem como matriz a Lei nº 4.564, de 30/11/2004.

No entanto, a apreciação de constitucionalidade de normas tributárias (leis, decretos, etc.) compete exclusivamente ao Poder Judiciário.

Trata-se de matéria sumulada pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), nos termos da Súmula nº 2 que assim dispõe:

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

Assim, por força do disposto no art. 72, § 4º, em relação à suscitada inconstitucionalidade, adota-se esta súmula.

II-3 – Multa qualificada (agravada)

A qualificação (agravamento) da multa de ofício teve como fundamento nº art. 80, caput e § 6º, inciso II, da Lei nº 4.502, de 30/11/1964, c/ a redação dada pelo art. 13 da Lei nº 11.488, de 2007, que assim dispõe:

“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.

[...].

§ 6º O percentual de multa a que se refere o caput deste artigo, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis, será:

[...];

II - duplicado, ocorrendo reincidência específica ou mais de uma circunstância agravante e nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 desta Lei.

[...].

§ 8º A multa de que trata este artigo será exigida:

I - juntamente com o imposto quando este não houver sido lançado nem recolhido;

[...].”

Art . 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

[...].

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.”

No presente caso ficaram caracterizadas e provadas a sonegação e fraude. A falta de destaque e lançamento do imposto nas respectivas notas fiscais de saídas/vendas dos produtos durante 3 (três) anos consecutivos, para todos os períodos de operações (decenais e/ou mensais) implicou sonegação e fraude, nos termos definidos nos arts. 71 e 72, citados e transcritos acima.

III – Sujeição passiva

A sujeição passiva solidária imputada aos sócios, em relação à obrigação tributária, administradores da recorrente, à época em que ocorreram os fatos geradores, Ursino da Silva Guídio Filho, CPF nº 797.358.008-53, e Luis Fernando Nabuco de Abreu, CPF nº 814.179.508-20, teve como fundamento o art. 135 do CTN que assim dispõe:

O CTN assim dispõe quanto à solidariedade tributária:

“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.”

Conforme demonstrado nos autos, os referidos sócios administradores, no período objeto dos lançamentos em discussão, praticaram atos com infração da lei tributária, Lei nº 4.502, de 30/11/1964, e Decreto nº 4.544, de 26/12/2002, o que implicou em sonegação e fraude do IPI devido e ora exigido por meio de lançamento de ofício.

Assim, correta sua responsabilização solidária pelo pagamentos dos tributos decorrentes das importações fraudadas.

Em face do exposto, rejeito a suscitada preliminares de nulidade do lançamento e, no mérito, nego provimento aos recursos voluntários.

(assinado digitalmente)

José Adão Vitorino de Moraes – Relator