



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

Processo nº 19515.720959/2013-16
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3201-003.686 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 22 de maio de 2018
Matéria IPI
Recorrente ALFATRONIC S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI

Período de apuração: 01/01/2007 a 31/12/2007

CRÉDITO. NÃO COMPROVAÇÃO.

Diante da inexistência de comprovação dos créditos escriturados, deverá ser mantida a glosa.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2007 a 31/12/2007

MPF. FALHAS PROCEDIMENTAIS. VÍCIO. INOCORRÊNCIA.

Eventual desrespeito às regras relativas ao MPF não implica a nulidade dos atos administrativos posteriores, haja vista seu caráter subsidiário.

CONSTITUCIONALIDADE.

Escapa à competência da autoridade administrativa a apreciação de arguições relativas à constitucionalidade de leis.

MULTA QUALIFICADA.

Caracterizado elemento doloso, conforme provas dos autos, aplica-se a multa duplicada, nos termos do artigo 80, §6º, e artigos 71, 72 e 73 da Lei 4.502/64.

MULTA MAJORADA

A majoração da multa em 50%, prevista no art. 80, §7º da Lei 4.502/64, decorre do descumprimento de intimação do Fisco, para apresentação de elemento obrigatório, com eventual prejuízo à apuração correta dos tributos.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. GESTÃO COM INFRAÇÃO À LEI

A gestão empresarial com infração à lei enseja a responsabilidade tributária dos sócios administradores, nos termos do artigo 135, III, do CTN.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso, apenas para reconhecer a decadência em relação aos períodos de janeiro a novembro de 2007. Vencido o conselheiro Pedro Rinaldi de Oliveira Lima (relator), que lhe deu provimento parcial em maior extensão, para também reduzir a multa de ofício aplicada para o percentual de 112,5% e excluir a responsabilidade solidária dos sócios da pessoa jurídica autuada. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Marcelo Giovani Vieira.

(assinatura digital)

Charles Mayer de Castro Souza - Presidente

(assinatura digital)

Pedro Rinaldi de Oliveira Lima - Relator

(assinatura digital)

Marcelo Giovani Vieira – Redator Designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Paulo Roberto Duarte Moreira, Tatiana Josefovicz Belisario, Marcelo Giovani Vieira, Pedro Rinaldi de Oliveira Lima, Leonardo Correia Lima Macedo, Leonardo Vinicius Toledo de Andrade, Laercio Cruz Uliana Junior e Charles Mayer de Castro Souza (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário de fls. 954 e 1037 apresentado em face da decisão de primeira instância deste procedimento administrativo fiscal proferida pela DRJ/PA em fls. 924, que manteve o lançamento de IPI, consubstanciado no Termo de Verificação Fiscal de fls. 516 e Auto de Infração de fls. 741, por aproveitamento indevido de crédito.

Como de costume nesta Turma de julgamento, transcreve-se o relatório constante na decisão de primeira instância para apreciação dos fatos, matérias e trâmite do processo:

"Trata-se de auto de infração lavrado contra a empresa acima identificada, em que foi lançado crédito tributário de IPI no valor total de R\$ 2.394.210,66 (incluídos nesse valor o principal, multa proporcional e juros de mora).

2. Segundo relato contido no Termo de Verificação Fiscal de fls. 516/520, a fiscalização esclarece que a presente ação foi aberta em decorrência e como continuidade da ação fiscal instaurada

em outra pessoa jurídica (IWS PRODUTOS PARA LIMPEZA LTDA), na qual foram encontradas diversas irregularidades (inexistência de fato; grande divergência entre a receita comprovada através de circularização de clientes e receita declarada em DIPJ; DCTF com valores irrisórios se comparados com as receitas; inexistência de DIRF em 2007; nunca apresentou GFIP; assinaturas nos contratos e cheques emitidos pela empresa não conferem com os documentos originais da sócia que supostamente assinava os cheques; além dessa, outra sócia foi localizada trabalhando em outra cidade em serviços gerais, sendo que ambas alegaram que nunca foram sócias de empresa alguma; etc.).

3. No caso, no ano de 2007 a Alfatronic, juntamente com terceira empresa (Alfacom), eram responsáveis por mais de 88% das vendas daquela citada no parágrafo acima, tendo nesse ano os mesmos sócios e diretores. A Alfatronic apresentou várias notas fiscais relativas às compras realizadas junto a IWS durante o ano de 2007 totalizando R\$ 7.050.016,58.

4. Diante desses fatos, a fiscalização intimou a Alfatronic a apresentar as cópias dos documentos que comprovassem os efetivos pagamentos das mercadorias adquiridas durante o ano de 2007 junto a IWS, relativas às notas fiscais enviadas anteriormente, além das cópias dos livros de entrada, saída, diário e razão, e informar nome e número das contas contábeis onde foram contabilizados os pagamentos citados.

5. Somente após expirado o prazo concedido, a impugnante entregou um CD contendo apenas as cópias digitalizadas dos livros de entrada (nos quais encontram-se registradas as notas fiscais relativas às compras realizadas junto à IWS no ano de 2007) e saída de mercadorias e de uma Ata de Assembléia. Os demais itens não foram entregues dentre eles os arquivos digitais da contabilidade e os comprovantes de pagamento, sem apresentação de qualquer justificativa para o não atendimento ao que foi solicitado.

6. Instaurado o procedimento fiscal, em 18.02.2013 foi emitido o Termo de Início de Fiscalização e enviado via postal ao endereço do contribuinte cadastrado junto a Receita Federal do Brasil e na Jucesp. Foram feitas três tentativas de entrega, todas retornando como “destinatário ausente”. Por esse motivo o responsável pela fiscalização compareceu ao endereço constante do cadastro, constatando que a empresa não opera no mesmo. Afixado o edital para a ciência, compareceu à empresa o procurador, tomando ciência pessoal do termo de início.

7. A impugnante foi reintimada a apresentar os documentos anteriormente solicitados, tendo, novamente, deixado de atender o solicitado pela fiscalização, não comprovando a devida contabilização das notas fiscais de compras efetuadas junta a IWS e nem mesmo os pagamentos relativos a essas mesmas notas. Por tal motivo, a fiscalização adotou o seguinte procedimento:

“Como a empresa não apresentou nenhum documento que pudesse comprovar que efetivamente essas compras e esses pagamentos ocorreram restou a esta fiscalização a GLOSA dos créditos considerandose então esses valores de IPI como não recolhidos e o conseqüente lançamento de ofício dos desses valores além da multa de 75% conforme disposto nos Art. 80 da Lei 4.502 de 1964. O valor da multa foi duplicado para 150% por ter o contribuinte incorrido no disposto Art. 80, § 6º, inciso II da Lei 4.502 de 1964 pois o mesmo enquadra-se nos artigos 72 e 73 dessa mesma lei. O valor de 150% de multa será ainda aumentado em 50% pelo fato de o contribuinte não ter prestado os devidos esclarecimentos a esta fiscalização incorrendo no disposto no § 7º do Art. 80 da Lei. 4.502/64.”

8. Cientificada em 29.05.2013, a interessada apresentou, tempestivamente, em 01.07.2013, impugnação (fls. 766/793) na qual apresenta as seguintes alegações:

a) Falta de competência da autoridade emissora do MPF (Dalmo Restum de Macedo Rocha), o qual não seria o Chefe da Divisão de Fiscalização, mas Chefe de Equipe, violando a Portaria do Delegado da Defis/SP. Entende que não se trata de mera formalidade e que “a violação da norma, pela própria administração tributária, revela a insegurança jurídica, a violação aos princípios da moralidade e da estrita legalidade em matéria tributária, além de revelar o prejuízo moral e material (de ordem patrimonial) da contribuinte e administrada, ora impugnante”. Acrescenta:

“Portanto, um procedimento fiscal instaurado em desacordo com as normas da legislação e de forma contrária às normas fixadas na portaria regulamentadora, restará contaminado de vício insanável o bastante para torná-lo nulo de pleno de direito.”

b) No que diz respeito à multa aplicada, alega:

“Ora, tal percentual ou alíquota é desprovida de razoabilidade ou proporcionalidade e revela claramente a intenção confiscatória por parte da administração tributária, que atenta contra o patrimônio da contribuinte e administrada, ora impugnante.

A Constituição da República (artigo 150, inciso IV) veda expressamente a instituição de tributos com efeito de confisco. Esse princípio deve ter interpretação em harmonia com a garantia inserta no artigo 5º, inciso XXII, do texto constitucional, atinente ao direito de propriedade.

Conclui-se que o fisco não pode imputar imposto que possua caráter confiscatório, por ofender o princípio constitucional da vedação ao confisco.

A rigor, ainda que não se possa invocar o artigo 150, inciso IV, da Constituição da República, como fundamento para se opor à multa confiscatória, porque o referido inciso trata de tributo e multa não é tributo (artigo 3º, CTN), a doutrina interpreta que a multa excessiva viola o princípio constitucional da vedação ao confisco, ofende o princípio da capacidade contributiva e ofende

o princípio da proporcionalidade (...)”c) Quanto à qualificação da multa, aduz:

“Agiu com excesso de poderes ou precipitou-se a autoridade executora.

Ou seja, não basta asseverar que a conduta da contribuinte e administrada, ora impugnante, ‘enquadrarse nos artigos 72 e 73 dessa mesma lei’. E a mera repetição de dispositivo legal (às fls. 519, item 8.4) é insuficiente para aplicar a multa de 225%.

Ora, ao afirmar que se trata de fraude e conluio, a autoridade executora deveria produzir tais provas, ou melhor, não trouxe aos autos os fundamentos que sustentam tais assertivas.

Ademais, não foi a contribuinte e administrada, ora impugnante quem deu causa ‘às evidências de emissão de notas frias’ (item 5, de fls. 518), sendo somente adquirente de produtos para revenda; o adquirente, ora impugnante, à época, desconhecia, por óbvio, a situação fiscal de seus diversos fornecedores. E não é possível pesquisar cada um e exigir documentos e informações, como a regular inscrição cadastral e a exatidão ou a autenticidade das declarações contidas nas notas fiscais emitidas, tendo em vista ainda a confiança mútua que rege os negócios mercantis.

A propósito, qual é a irregularidade, quanto ao seu aspecto, a sua aparência, a sua impressão e a sua emissão?

O que quis dizer a autoridade executora com a expressão ‘notas frias’? Se opõem às chamadas ‘notas quentes’, ‘notas calçadas’, ‘notas clonadas’, ‘notas roubadas’, ‘notas laranjas’, espécies do gênero notas inidôneas?

Onde está a declaração de inidoneidade? E mais, onde está o laudo pericial, relativamente às ‘notas frias’?

E mais, por que instaurar a representação fiscal (PAF nº 19515.720749/201328)

para que seja declarada inapta a inscrição no CNPJ/MF, se a contribuinte e administrada, ora impugnante, foi intimada e constituiu defensores?

Em síntese apertada, certamente a nota fiscal representa uma presunção de regularidade da origem da venda. E, nos autos, não consta, para buscar a verdade, o laudo relativo ao exame pericial nesses documentos fiscais nem a autoridade executora declarou a inidoneidade desses documentos.

Enfim, apesar dos esforços, não é possível saber qual seja a fraude perpetrada pela contribuinte e administrada, ora impugnante.

E, será que o dolo, o conluio, a fraude têm nexos causais com a omissão quanto à entrega da escrituração fiscal, contábil e dos

comprovantes de pagamentos? Não se trata de hipótese de culpa?

Está claro que deixar de apresentar registros contábeis, fiscais e os comprovantes dos pagamentos efetuados não caracterizam fraude nem conluio nem pode a contribuinte e administrada, ora impugnante, ser responsabilizada por ato de terceiros.

Em outras palavras, a autoridade fiscal não demonstrou de forma cabal e inconteste o dolo nem individualizou a conduta, supostamente praticada pela contribuinte e administrada, ora impugnante, para aplicar a multa de 225%.

.....

Em outras palavras, por que as alegações de dolo, conluio e fraude não constam na referida representação fiscal para fins penais?

Impõe-se a declaração de nulidade, por vício insanável, da multa de 225%, aplicada ao IPI; alternativamente, no caso concreto, impõe-se sua redução a 75% (setenta e cinco por cento), se se admitir a constitucionalidade deste percentual.”

d) Ao final, requer:

“A) seja acolhida totalmente a presente impugnação.

B) seja declarado nulo, de pleno direito, o referido auto de infração lavrado e o referido crédito tributário constituído em favor do fisco.

C) seja expurgada a multa de 225%.

D) alternativamente, seja reduzida a multa de 225% para 75%, se admitida sua constitucionalidade.

E) seja juntada esta peça aos autos” 9. A fiscalização lavrou Termos de Sujeição Passiva Solidária para os sócios diretores da empresa Daniela Aparecida das Dores (fl. 843), Marcus Richetti (fl. 880) e Moracy Oswaldo das Dores (fl. 917), com o seguinte teor:

“1. Diante dos fatos relatados nos Termos de Verificação/Relatório Fiscal dos processos 19515.720.958/201371.

e 19515.720.959/201316 e cujas cópias estão sendo encaminhadas ao responsável solidário juntamente com este termo, cumpre a esta autoridade fazendária considerar o sócio/diretor (...), acima identificado, SOLIDARIAMENTE RESPONSÁVEL pelas infrações à lei, cometidas na administração do Sujeito Passivo, no decorrer do período fiscalizado, imputando àquele as obrigações que lhe competem, segundo a Lei 5.172/1966 (Código Tributário, Nacional), arts. 124 e 135, abaixo transcritos:

‘Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal; II as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.’ ‘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:

I as pessoas referidas no artigo anterior; II os mandatários, prepostos e empregados; III os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.’.....”

10. Inexistindo no processo comprovante da data da ciência dos sócios acima citados, consideramse tempestivas as impugnações apresentadas (Daniela fls.795/825), (Marcus fls.845/875) e (Moracy fls.882/912), com semelhante teor, de onde se destacam os seguintes argumentos:

“Ou seja, no referido Termo, a autoridade executora apenas reproduz o texto legal, sem individualizar a conduta do ora impugnante, sem demonstrar especificamente as infrações praticadas, ou que poderia evitar, para que o ora impugnante se torne pessoalmente responsável pelo crédito constituído em desfavor de pessoa jurídica.

Em outras palavras, a autoridade executora, em mera reprodução de texto legal, não trouxe a suficiente fundamentação para caracterizar a conduta, a materialidade e a autoria, o que inviabiliza o exercício da defesa, assegurada constitucionalmente, além de gerar insegurança jurídica.

Ademais, no Termo de Verificação/Relatório Fiscal, às fls. 516/520 do PAF nº 19515.720959/201316, não consta qualquer informação relativa à sujeição passiva solidária.

Ora, como a autoridade executora pode incluir no Termo de Sujeição Passiva Solidária o crédito constituído em processo fiscal que absolutamente silencia sobre a responsabilidade solidária (o que não está nos autos não está no mundo)?

Por outro lado, a qualificação de responsável solidário pelo crédito tributário, constituído nos autos do processo administrativo fiscal nº 19515.720959/201316 (relativo ao IPI) e nos autos do processo administrativo fiscal nº 19515.720958/201371 (relativo ao IRPJ, à CSLL, à COFINS e ao PIS/Pasep) é competência exclusiva da Procuradoria da Fazenda Nacional, quando da execução fiscal.

Portanto, a autoridade executora, ocupante do cargo de Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil (AFRFB), não é competente para praticar o ato de lavrar o referido Termo de Solidariedade Passiva.

Em outras palavras, encerradas as instâncias recursais, no âmbito administrativo, se inalterado o crédito tributário constituído, somente na fase de cobrança será possível chamar o responsável solidário para fazer parte do pólo passivo da relação jurídicotributária.

.....”

Esta decisão de primeira instância proferida pela DRJ/PA em fls. 924 foi publicada com a seguinte Ementa:

"ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS IPI

Período de apuração: 01/01/2007 a 31/12/2007

CRÉDITO. NÃO COMPROVAÇÃO.

Diante da inexistência de comprovação dos créditos escriturados, deverá ser mantida a glosa dos mesmos.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2007 a 31/12/2007

MPF. FALHAS PROCEDIMENTAIS. VÍCIO. INOCORRÊNCIA.

Eventual desrespeito às regras relativas ao MPF não implica a nulidade dos atos administrativos posteriores, haja vista seu caráter subsidiário.

CONSTITUCIONALIDADE.

Escapa à competência da autoridade administrativa a apreciação de arguições relativas à constitucionalidade de leis.

MULTA QUALIFICADA.

Restando comprovada hipótese normativa prevista no art. 71 da Lei nº 4.502, de 1964, fazse aplicável a multa qualificada imposta sob tais fundamentos.

MULTA AGRAVADA.

Correto o agravamento da multa, pois o sujeito passivo não prestou os esclarecimentos solicitados.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com infração de lei, dentre outros, os mandatários, prepostos e empregados da pessoa jurídica, além de seus diretores, gerentes ou representantes.

Impugnação Improcedente.

Crédito Tributário Mantido."

Em Recurso Voluntário o contribuinte Alfatronic S.A. reforçou suas argumentações apresentadas em impugnação e alegou que havia sim contestado a matéria relacionada ao aproveitamento indevido de crédito.

Os demais autuados foram intimados tanto por correio quanto por edital, conforme fls. 948 e seguintes, mas não apresentaram Recurso Voluntário.

Em fls. 1022 este Conselho proferiu um despacho e determinou a juntada do Recurso Voluntário do contribuinte que não havia sido digitalizado corretamente. A providência foi cumprida e o Recurso Voluntário foi juntado às fls. 1037.

Este processo administrativo fiscal digital foi distribuído e pautado em acordo com as regras do regimento interno deste Conselho.

Relatório proferido.

Voto Vencido

Conselheiro Pedro Rinaldi de Oliveira Lima, Relator.

Conforme o Direito Tributário, a legislação, os fatos, as provas, documentos e petições apresentados aos autos deste procedimento administrativo e, no exercício dos trabalhos e atribuições profissionais concedidas aos Conselheiros Titulares, conforme Portaria de Condução e Regimento Interno, apresenta-se este voto.

Por conter matéria preventa desta 3.ª Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais e presentes os requisitos de admissibilidade, o tempestivo Recurso Voluntário do contribuinte Alfatronic de fls. 954 deve ser conhecido.

Forma apresentadas as impugnações de Daniela Aparecida das Dores (fl. 843), Marcus Richetti (fl. 880) e Moracy Oswaldo das Dores (fl. 917), mas mesmo após intimação do Acórdão de primeira instância, com avisos de recebimento e intimação por edital em fls. 948 e seguintes, os respectivos Recursos Voluntários não foram apresentados.

Com relação à preliminar de decadência, verifica-se que o contribuinte foi cientificado do Auto de Infração em 29/05/13, sendo que os fatos geradores são de 01 a 12 de 2007.

Com a aplicação do Art. 173 do CTN, verifica-se que decaiu o lançamento após o primeiro dia de 2007, visto que, contando do primeiro dia útil do exercício seguinte (2008), até o primeiro dia útil de 2013, se passaram mais de 05 anos.

Assim, não decaiu somente o mês de dezembro 2007.

Com relação à alegação de aplicação do Art. 150, §4.º do CTN, mesmo em observação ao RESP 973.733 SC do STJ (em sede de recurso repetitivo), esta não merece provimento, visto que o contribuinte não declarou e também não comprovou pagamento parcial do IPI nestas operações.

Também não merece provimento a alegação de nulidade do lançamento por vício no MPF, visto que este tem caráter subsidiário ao lançamento, nos mesmos moldes e fundamentos de decidir da decisão de primeira instância.

Com relação ao mérito, o lançamento não possui prova inequívoca e não possui um conjunto de evidências que justifiquem sua manutenção integral.

Conforme Termo de Verificação Fiscal de fls. 516, a empresa fiscalizada foi a IWS Comércio de Produtos de Limpeza e não o contribuinte autuado, que ora recorre.

Inclusive, não há nos autos nenhuma cópia do processo administrativo em que consta a fiscalização da empresa IWS e, sem juntar nos autos a comprovação do que se alegou nos autos a respeito da empresa IWS, a fiscalização concluiu que todas as compras que a Alfatronic realizou com a IWS são fraudulentas, visto que possuem os mesmo sócios.

É o que se verifica do exposto nas fls. 518 dos autos, trecho principal do TVF em que a fiscalização descreve o seguinte:

5. De posse dessas informações e devido às evidências de emissão de notas frias intimamos a Alfatronic através do Termo de Intimação 003, lavrado em 19/10/2012 e cuja ciência se deu via postal através de aviso de recebimento (AR) em 16/11/2012, a apresentar os seguintes documentos/esclarecimentos:

São "evidências de emissão de notas frias" a alegação da fiscalização de que a IWS era uma empresa inexistente sem que nada tenha sido juntado nos autos que comprove tal afirmação?

Por muitos motivos, é importante reconhecer que não.

Sequer há nos autos a comprovação de que os sócios da IWS e da Alfatronic são os mesmos.

Assim, ainda que o contribuinte não tenha contestado o aproveitamento indevido de crédito, contestou o lançamento como um todo e solicitou a não aplicação da multa de 225%, algo que neste caso em concreto merece provimento, porque a situação deve ser interpretada de forma favorável ao contribuinte, em razão do disposto no Art. 112 do Código Tributário Nacional.

Em caso semelhante (multa qualificada em 150% e não em 225%) este conselho reforçou este entendimento. Assim, utiliza-se das sábias palavras do nobre Conselheiro Fábio Piovesan como referência temática, ao tratar da aplicação de caráter excessivo da multa de 150% no julgamento do Acórdão 2301004.797, conforme transcrito a seguir:

"Do Caráter Excessivo da Multa Qualificada de 150%

Nos termos do art. 44 da Lei nº 9.430/96, a multa de ofício de 75% será duplicada sempre nos casos previstos nos art. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. Referidos dispositivos tratam das figuras da sonegação, fraude e conluio, nos seguintes termos:

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;

II – das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

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.

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.

A caracterização das figuras de agravamento da multa demanda a comprovação (e não a mera alegação) de que o contribuinte agiu propositalmente com o objetivo de impedir o conhecimento do fato gerador por parte da fiscalização (sonegação); ou de modificar as características essenciais do fato gerador – o que pressupõe a ocorrência do fato gerador seguida de modificações naquelas características – introduzidas pelo contribuinte para se evadir da obrigação já existente (fraude); ou que duas ou mais pessoas ajustaram a realização de atos visado a qualquer um desses efeitos (conluio).

Nessas situações, o contribuinte utilizasse de meios ilícitos, como a falsidade consubstanciada na rasura de documentos fiscais ou no registro de fatos inverídicos, para criar uma aparência não verdadeira perante o Fisco.

A qualificação da multa não se contenta apenas com o ilícito tributário, ainda que realizado de forma reiterada. É preciso demonstrar que, no caso concreto, o contribuinte erigiu dolosa e indevidamente um obstáculo, um anteparo à adequada aplicação da norma tributária, a exigir da fiscalização um esforço adicional para desarmá-lo, sem o qual não seria possível alcançar o fato gerador da obrigação tributária.

É esse comportamento reprovável do contribuinte com o fito de ludibriar os órgãos de controle, ofensivo a todo ordenamento jurídico, que autoriza a aplicação da multa qualificada. E tal comportamento deve ser provado pela fiscalização, com a apresentação da respectiva materialidade, sob pena de banalizar o instituto.

Nesse contexto, é possível invocar a Súmula CARF nº 25, não pela matéria tributável tratada (imposto de renda incidente sobre omissão de rendimentos), mas pela obrigatória demonstração do contexto fraudulento pela fiscalização:

Súmula CARF nº 25: A presunção legal de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício,

sendo necessária a comprovação de uma das hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

No caso ora analisado, reputo não haver justificativa plausível para o lançamento da multa qualificada de 150%, devendo esta ser reduzida ao patamar comum das autuações de ofício, isto é, 75%, uma vez que: (a) a responsabilidade solidária restou insubsistente, em razão da ausência de conduta dolosa, fraudulenta ou simulada dos sócios Lúcio e Francélio, a partir do período de apuração janeiro/2010; e (...).”

Neste caso, diante da impossibilidade de verificar nos autos a fraude supostamente ocorrida pela empresa IWS, não há razão para a aplicação da multa de ofício qualificada de 225%.

Mas, ao mesmo tempo em que não é adequado aplicar a multa qualificada, é importante reconhecer que a fiscalização identificou um possível aproveitamento indevido de crédito em operações possivelmente fictícias de compra e venda de mercadorias e fiscalizou a Alfatronic (recorrente).

O contribuinte, por sua vez, não apresentou o que foi solicitado durante a fiscalização e não comprovou o pagamento e recebimento das mercadorias.

Situação que, por outro lado, justifica a manutenção da cobrança principal do IPI, por aproveitamento indevido de seu crédito básico.

Com relação à responsabilidade dos sócios, apesar de não apresentados os seus Recursos Voluntários, a empresa Alfatronic os representa e apresentou Recurso Voluntário como já informado. Nesta oportunidade, a empresa solicitou a nulidade dos Termos de Sujeição Passiva Solidária.

Verifica-se nos autos que não há qualquer descrição pormenorizada que informe a participação de Moracy Oswaldo das Dores nos fatos, informação que deixou de ser instruída pela fiscalização.

Além desta constatação, é possível verificar nos Termos de Sujeição Passiva Solidária de fls. 843, 880 e 917, que estes foram lavrados em uma única vez, para dois processos, conforme print screen a seguir:

2. Nesta ação fiscal foram lavrados os seguintes documentos.

DOCUMENTO	Nº COMPROT	VALOR
AUTO DE INFRAÇÃO	19515.720.958/2013-71	R\$ 6.779.107,06
AUTO DE INFRAÇÃO	19515.720.959/2013-16	R\$ 2.394.210,66
TOTAL	---	R\$ 9.173.317,72

Novamente verifica-se que os autos não foram suficientemente instruídos, visto que não há no Auto de Infração (fls. 741) e não há no Termo de Verificação Fiscal (fls. 516), nenhuma descrição individualizada a respeito da responsabilidade dos demais sócios ou pessoas físicas e as possíveis práticas de atos com excessos de poder.

Diante de casos como este, é possível aplicar o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em Repercussão Geral, no Acórdão do RE 562.276, reforçado por recente decisão proferida no âmbito do STJ no RESP 1.656.723/SP, reproduzida a seguir:

"Trata-se de Recurso Especial interposto pela FAZENDA NACIONAL, contra acórdão prolatado, por unanimidade, pela 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, assim ementado (fl. 266e):

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. RESPONSABILIDADE. GERÊNCIA/ADMINISTRAÇÃO. JUCESP. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do C. STJ deste E. Tribunal, com supedâneo no art. 557, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

2. Conforme entendimento jurisprudencial pacificado, apesar de ser encargo da empresa o recolhimento de tributos, o mero inadimplemento ou atraso no pagamento não caracteriza a responsabilidade tributária disposta no artigo 135, III, do CTN.

(...)."

Desse modo, havendo uma mera indicação de responsabilidade dos sócios por parte da fiscalização, não há como manter suas responsabilidades neste caso, não devendo prosperar os Termos de Sujeição Passiva Solidária.

CONCLUSÃO.

Em face do exposto, vota-se para dar provimento parcial para o Recurso Voluntário, para reconhecer a decadência parcial, reduzir de 225% ao patamar legal de 112,5% e os sócios sejam excluídos do pólo passivo.

Voto proferido.

(assinado digitalmente)

Pedro Rinaldi de Oliveira Lima.

Voto Vencedor

Marcelo Giovani Vieira, Redator Designado

Peço licença ao Relator para divergir quanto aos seguintes pontos:

Agravamento da Multa

A multa aplicada foi agravada em 50%, nos termos do artigo 80, §7º da Lei 4.502/64:

§ 7º Os percentuais de multa a que se referem o caput e o § 6º deste artigo serão aumentados de metade nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para prestar esclarecimentos.

Com efeito, a recorrente deixou de apresentar diversos elementos que foram intimados, conforme o seguinte trecho do Termo de Verificação Fiscal fl. 518:

“De posse dessas informações e devido às evidências de emissão de notas frias intimamos a Alfatronic através do Termo de Intimação 003, lavrado em 19/10/2012 e cuja ciência se deu via postal através de aviso de recebimento (AR) em 16/11/2012, a apresentar os seguintes documentos/esclarecimentos:

‘5.1 – Cópias digitalizadas, em formato PDF, dos documentos que comprovem os efetivos pagamentos das mercadorias adquiridas durante o ano de 2007 pela ALFATRONIC junto a IWS COMERCIO DE PRODUTOS PARA LIMPEZA CNPJ: 01.395.980/0001-31 relativas às notas fiscais enviadas anteriormente em resposta ao termo de intimação 001.

5.2 – Cópias digitalizadas, em formato PDF, do(s) livro(s) de entrada e saída de mercadorias relativos ao ano de 2007.

5.3 – Cópias digitalizadas do Estatuto Social e das Atas das Assembléias.

5.4 – Livros Diário e Razão, relativos ao ano de 2007, em arquivos digitais utilizando o leiaute previsto na Instrução Normativa MPS/SRP nº 12 de 20 de junho de 2006.

5.5 – Informar nome e número das contas contábeis nas quais os pagamentos citados no item 1 acima encontram-se contabilizados’

6. Somente após expirado o prazo concedido, a Alfatronic entregou um CD contendo apenas e tão somente cópias digitalizadas dos livros de entrada (nos quais encontram-se inclusive registradas as notas fiscais relativas às compras realizadas junto a IWS no ano de 2007) e saída de mercadorias e de uma Ata de Assembléia. O recibo SVA referente ao CD entregue encontra-se no Anexo 13. Os demais itens não foram entregues dentre eles os arquivos digitais da contabilidade (item 5.4 acima) e os comprovantes de pagamento (item 5.1 acima) e

nem sequer apresentou qualquer justificativa para o não atendimento ao que foi solicitado.”

Como visto, diversos elementos não foram apresentados, inclusive livros Diário e Razão. Não é necessário dizer que tais livros são fundamentais para a auditoria das atividades da empresas.

A recorrente não contesta esses fatos. A defesa, quanto à multa, alega vedação ao confisco, desproporcionalidade a ausência de dolo. Nenhuma dessas alegações atinge a tipificação da majoração da multa, tendo em vista a súmula Carf nº 2¹. Alega ainda que entregou o livro de entradas.

Ora, os livros Diário e Razão contém muito mais informações que o livro de entradas, que poderiam resultar em outras infrações. Portanto, a fiscalização ficou sim prejudicada pela omissão da recorrente.

Portanto, entendo perfeitamente caracterizada a majoração da multa, e nego provimento nesta parte.

Qualificação da multa de ofício

A qualificação da multa, pelo dobro, foi tipificada no art. 80, §6º, 71, 72 e 73 da Lei 4.502/64:

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.

(...)

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;

¹ Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

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.

Art . 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.

Os fatos relatados dão conta de que houve creditamento, por parte da empresa, relativo a aquisições da empresa IWS, no montante de R\$ 7.050.016,58. Todavia, a IWS tinha os mesmos sócios e diretores, e a recorrente não logrou comprovar tais aquisições, do que decorre a evidente constatação de criação fictícia de créditos, por meio de lastros confiáveis, como pagamentos ou qualquer outro meio.

Mais uma vez, não houve, no Recurso Voluntário, contestação específica desses fatos, apenas alegações genéricas de ausência de prova.

No caso, a convicção do julgador (art. 29 do PAF, Decreto 70.235/72²) se forma pelo benefício auferido, sem lastro, e a completa falta de provas da recorrente.

Portanto, nego provimento nesta parte.

Responsabilidade solidária de Moracy Oswaldo das Dores

Caracterizadas as infrações dolosas, os sócios administradores da empresa devem ser responsabilizados por gestão fraudulenta, nos termos do artigo 135, III do CTN.

O Sr. Moracy Oswaldo das Dores era sócio administrador (Diretor Presidente) da empresa, conforme se constata nas Atas das assembléias, fls. 72/73, 82/83, durante grande parte do período fiscalizado, cf. fl. 86.

Portanto, mantenho a responsabilidade solidária do Sr. Moracy, no período em que foi administrador da empresa.

(assinado digitalmente)

Marcelo Giovani Vieira, Redator Designado.

² Art. 29. Na apreciação da prova, a autoridade julgadora formará livremente sua convicção, podendo determinar as diligências que entender necessárias.

Processo nº 19515.720959/2013-16
Acórdão n.º **3201-003.686**

S3-C2T1
Fl. 1.113
