



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0014007-21.2013.4.03.0000/SP

2013.03.00.014007-0/SP

D.E.

Publicado em 29/10/2013

RELATORA : Juíza Federal Convocada ELIANA MARCELO
AGRAVANTE : União Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : SP000003 JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI
: OWADA
AGRAVADO : PHOENIX IND/ E COM/ DE TABACOS LTDA
ADVOGADO : SP182314 JORGE TADEO GOFFI FLAQUER
: SCARTEZZINI e outro
ORIGEM : JUÍZO FEDERAL DA 21 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00080801020134036100 21 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA**AGRAVO DE INSTRUMENTO. FABRICANTE DE CIGARROS. REGISTRO ESPECIAL. CANCELAMENTO. PROCEDIMENTO SCORPIOS. APURAÇÃO DE TRIBUTOS NÃO RECOLHIDOS DE FORMA REITERADA. PRECEDENTES.**

1. A agravada encontra-se constituída desde o ano de 1992, tendo como atividade econômica principal a fabricação de cigarros, estando regida pelas regras do Decreto-Lei nº 1.593, de 21 de dezembro de 1977.
2. A partir do ano de 2007, por força da Lei 11.488, os estabelecimentos industriais fabricantes de cigarros se viram obrigados à instalação do Sistema de Controle e Rastreamento da Produção de Cigarros (Scorprios), tal como estabelecido na Instrução Normativa RFB nº 769, de 21 de agosto de 2007, composto por um equipamento destinado à contagem da produção, sob o controle da Receita (artigo 2º da respectiva Instrução Normativa).
3. O cancelamento do registro especial sempre foi admitido, conforme se infere do artigo 2º, antes de sua alteração, havida pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001 e Lei nº 9.822, de 1999.
4. Não procedem os argumentos da Agravada de que a autoridade fiscal estaria se baseando em meras estimativas e presunções de quanto supostamente deveria ter sido recolhido aos cofres públicos em determinado período, porquanto a sua estimativa decorre da apuração feita por meio do denominado procedimento scorprios.
5. O fato de impugnar o débito não retira a presunção de legitimidade do ato administrativo, nos termos do quanto estabelecido no artigo 2-A do Decreto-Lei nº 1.593, de 21 de dezembro de 1977. Previsão que se coaduna com a legislação antes de sua alteração pela Lei nº 9.822/1999, quanto ao reiterado descumprimento de obrigação tributária.

6. Conforme se depreende da atuação fiscal apenas com o controle da Receita Federal, pelos equipamentos de contagem da produção, é que se pôde aferir a não correspondência dos recolhimentos devidos pela tributação.
7. A tributação dos produtos feitos de tabaco não tem um caráter meramente tributário, mas também extrafiscal, sendo a tributação exarcebada como medida de proteção da saúde pública, dados os malefícios produzidos em seus consumidores, a ser suportada em última instância pelo Estado.
8. Não se vislumbra nos autos qualquer ilegalidade ou vícios de inconstitucionalidade como alegado, em especial o da ampla defesa, o direito de petição, o direito de propriedade ou do exercício da profissão. Precedente monocrático desta Turma.
9. Com relação à constitucionalidade do cancelamento de registro especial de fabricante de cigarros, reporto-me a recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em 22.5.2013, sobre o tema, no RE 550769/RJ, relator Min. Joaquim Barbosa, conforme Informativo nº 707.
10. Ausentes os requisitos indispensáveis à manutenção a da decisão liminar proferida em primeiro grau de jurisdição, tendo em vista que os débitos apurados pela Delegacia da Receita Federal e não recolhidos pela contribuinte, ultrapassam os 300 milhões de reais, o que atende ao *periculum in mora*, caso seja postergada a continuidade da empresa sem os recolhimentos dos tributos de acordo com os critérios estabelecidos pela Receita; bem como o *fumus boni iuris*, diante da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.
11. Agravo provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 17 de outubro de 2013.

ELIANA MARCELO
Juíza Federal Convocada

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): ELIANA BORGES DE MELLO MARCELO:253
Nº de Série do Certificado: 16978FBC87F12AC6
Data e Hora: 21/10/2013 19:23:56

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0014007-21.2013.4.03.0000/SP
2013.03.00.014007-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : União Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : SP000003 JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
AGRAVADO : PHOENIX IND/ E COM/ DE TABACOS LTDA

ADVOGADO : SP182314 JORGE TADEO GOFFI FLAQUER SCARTEZZINI e
outro
ORIGEM : JUÍZO FEDERAL DA 21 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00080801020134036100 21 Vr SAO PAULO/SP

VOTO

Senhores Julgadores: A decisão que indeferiu o efeito suspensivo ao presente agravo de instrumento encontra-se assim fundamentada:

"Em primeiro lugar, não é caso de intempestividade, vez que a PFN foi intimada quando obteve carga dos autos, em 10/06/2013 (f. 867), e interpôs o recurso em 13/06/2013 (f. 02).

Quanto ao pedido de antecipação de tutela recursal, não obstante os valores citados pela PFN, não se trata de situação de irreversibilidade a favor da pretensão fazendária, que exija suspensão imediata da decisão agravada, através de decisão singular do relator e em caráter precário, mesmo porque não se pode afastar o periculum in mora reverso, consistente na situação fático-jurídica que foi vislumbrada, na origem, e que motivou o Juízo agravado a reconhecer o dano irreparável a ser evitado, condizente com o encerramento da atividade econômica da empresa agravada.

Em situações que tais, em que presente bilateralmente o dano ou o risco respectivo, assim como deduzidas relevantes razões jurídicas por ambas as partes, sem preponderância imediatamente aferível, e ainda mais quando se tratar de controvérsia sobre a qual não se pronunciou anteriormente a Turma de forma a apontar para uma das soluções possíveis, a função do relator é assegurar que o colegiado possa proferir decisão eficaz a tempo e modo, o que, no caso, significa acautelar a situação jurídica, evitando consumação de situação irreversível ou de difícil reversibilidade.

Assim, em juízo precário e singular, o que cabe é manter a decisão agravada, sem prejuízo da adoção, pelo Fisco, conforme necessário, de medidas administrativas e judiciais, legalmente previstas, para a proteção de seu interesse, inclusive medida cautelar fiscal; e relegando ao colegiado o exame do "mérito" da pretensão deduzida.

Ante o exposto, indefiro a antecipação de tutela recursal.

Inicialmente, consigne-se que a Agravada encontra-se constituída desde o ano de 1992, tendo como atividade econômica principal a fabricação de cigarros, estando regida pelas regras do Decreto-Lei nº 1.593, de 21 de dezembro de 1977, que assim dispõe:

Art. 1o A fabricação de cigarros classificados no código 2402.20.00 da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados - TIPI, aprovada pelo Decreto no 2.092, de 10 de dezembro de 1996 será exercida exclusivamente pelas empresas que, dispondo de instalações industriais adequadas, mantiverem registro especial na Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

§ 1o As empresas fabricantes de cigarros estarão ainda obrigadas a constituir-se sob a forma de sociedade e com o capital mínimo estabelecido pelo Secretário da Receita Federal.

(Redação dada pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

§ 2º *A concessão do registro especial dar-se-á por estabelecimento industrial e estará, também, na hipótese de produção, condicionada à instalação de contadores automáticos da quantidade produzida e, nos termos e condições a serem estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal, à comprovação da regularidade fiscal por parte: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)*

(...)

Art. 2º *O registro especial poderá ser cancelado, a qualquer tempo, pela autoridade concedente, se, após a sua concessão, ocorrer um dos seguintes fatos: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)*

I - *desatendimento dos requisitos que condicionaram a concessão do registro;*

II - *não-cumprimento de obrigação tributária principal ou acessória, relativa a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal; (Redação dada pela Lei nº 9.822, de 1999)*

A partir do ano de 2007, por força da Lei 11.488, os estabelecimentos industriais fabricantes de cigarros se viram obrigados à instalação do Sistema de Controle e Rastreamento da Produção de Cigarros (Scorpions), tal como estabelecido na Instrução Normativa RFB nº 769, de 21 de agosto de 2007, composto por um equipamento destinado à contagem da produção, sob o controle da Receita, assim dispôs o artigo 2º da respectiva Instrução Normativa:

Art. 2º *O Scorpions será composto por equipamentos contadores de produção, bem assim de aparelhos para o controle, registro, gravação e transmissão dos quantitativos medidos à Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB).*

Tal referência faz-se necessária para se estabelecer o período de apuração do crédito tributário e possível equívoco na arrecadação de tributos tal como descritos nos Autos de Infrações, que compreendem o período de 2009 a 2012, vale dizer a possibilidade de a autora não se sujeitar ao cancelamento do registro especial, tal como alega, fazendo incidir uma norma de forma retroativa, o que é vedado pelo ordenamento tributário.

Nesse aspecto, anoto que o cancelamento do registro especial sempre foi admitido, conforme se infere do artigo 2º, antes de sua alteração, havida pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001 e Lei nº 9.822, de 1999:

Art 2º - *O registro especial poderá ser cancelado, a qualquer tempo, pelo Secretário da Receita Federal se, após a sua concessão, ocorrer um dos seguintes fatos:*

I - *desatendimento dos requisitos que condicionaram a concessão do registro;*

II - *inidoneidade manifesta ou descumprimento reiterado de obrigação tributária principal;*

Assim, não procedem os argumentos da Agravada de que a autoridade fiscal estaria se baseando em meras estimativas e presunções de quanto supostamente deveria ter sido recolhido aos cofres públicos em determinado período, porquanto a sua estimativa decorre da apuração feita por meio do denominado procedimento scorprios.

O fato de impugnar o débito administrativamente não retira a presunção de legitimidade do ato administrativo, nos termos do quanto estabelecido no artigo 2-A do Decreto-Lei nº 1.593, de 21 de dezembro de 1977, *in verbis*:

Art. 2o-A. A caracterização das práticas descritas nos incisos II e III do art. 2o, para fins de cancelamento do registro especial, independe da prova de regularidade fiscal da pessoa jurídica perante a Fazenda Nacional. (Incluído pela Lei nº 12.715, de 2012)

Previsão que se coaduna com a legislação antes de sua alteração pela Lei nº 9.822/1999, quanto ao reiterado descumprimento de obrigação tributária.

Conforme se depreende da atuação fiscal apenas com o controle da Receita Federal, pelos equipamentos de contagem da produção, é que se pôde aferir a não correspondência dos recolhimentos devidos pela tributação.

É de todos sabido que a tributação dos produtos feitos de tabaco não tem um caráter meramente tributário, mas também extrafiscal, sendo a tributação exarcebada como medida de proteção da saúde pública, dados os malefícios produzidos em seus consumidores, a ser suportada em última instância pelo Estado.

Não se vislumbra nos autos qualquer ilegalidade ou vícios de inconstitucionalidade como alegado, em especial o da ampla defesa, o direito de petição, o direito de propriedade ou do exercício da profissão.

Nesse sentido trago à colação a decisão proferida em caso semelhante pela Exma. Desembargadora Federal Cecília Marcondes (AG nº 0030167-58.2012.4.03.0000):

"Dentre os postulados consagrados pelo regime jurídico administrativo, destaca-se o princípio da legitimidade dos atos administrativos, que pode ser lido de acordo com 3

acepções: a presunção de legitimidade, que encerra obediência às regras morais, a presunção de legalidade, que impõe observância da lei, e a presunção de veracidade, que corresponde à verdade dos fatos.

Trata-se de presunção relativa, transferindo-se o ônus da prova ao administrado caso esse pretenda desconstituir a presunção de legitimidade do ato administrativo. Assim, referido princípio tem como consequência prática a aplicação imediata do ato administrativo, consagrando o atributo da autoexecutoriedade, sem prejuízo de sua contestação em momento posterior.

No caso em evidência, parece-me que o ato ora debatido - Ato Declaratório Executivo Cofis n. 45, de 13 de setembro de 2012 (fls. 131) - congrega todos os elementos que mantém sua higidez, a qual não restou desconstituída pela agravante, mormente pelo fato de não ter trazido aos autos os termos do processo administrativo n. 19515.721562/2011-80, que teria concluído pelo cancelamento do registro especial de fabricante de cigarros, nos termos do artigo 2º, incisos I e II, do Decreto-lei nº 1.593/77 e legislação correlata.

Ademais, o prazo que a recorrente alega não ter sido respeitado pela Administração Tributária transcorre antes da publicação do ato declaratório, e não após, conforme esclarece singela leitura dos §§ 2º e 3º do artigo 2º do Decreto-lei n. 1.593/77.

Ressalto, ainda, que por maior que seja a lesão alegada pela recorrente para o caso de ser mantida a r. decisão agravada, a concessão de tutela antecipada não pode ser realizada ao largo do exame da verossimilhança das alegações, conforme restou devidamente pontuado pelo MM. Juízo a quo.

Por fim, cumpre analisar a tese de sanção política suscitada pela agravante. E, ao assim proceder, vislumbro que o Excelso Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de examinar, ainda que de modo incidental, referida tese quanto ao caso em evidência (cancelamento de registro especial de fabricante de cigarros que deixa de cumprir suas obrigações tributárias), tendo prevalecido o entendimento do Ministro Cezar Peluso no sentido de não se tratar de sanção política.

Nesse sentido, transcrevo parte do voto vencedor no julgamento da AC-MC 1657:

'Ademais, o caso é do que a doutrina chama de tributo extrafiscal proibitivo, ou simplesmente proibitivo, cujo alcance, a toda a evidência, não exclui objetivo simultâneo de inibir ou refrear a fabricação e o consumo de certo produto. A elevada alíquota do IPI caracteriza-o, no setor da indústria do tabaco, como tributo dessa categoria, com a nítida função de desestímulo por indução na economia.

E isso não pode deixar de interferir na decisão estratégica de cada empresa de produzir ou não produzir cigarros.

É que, determinada a produzi-lo, deve a indústria submeter-se, é óbvio, às exigências normativas oponíveis a todos os participantes do setor, entre os quais a regularidade fiscal constitui requisito necessário, menos à concessão do que à preservação do registro especial, sem o qual a produção de cigarros é vedada e ilícita. [...]

Ora, a previsão normativa de cancelamento da inscrição no Registro Especial por descumprimento de obrigação tributária principal ou acessória, antes de ser sanção estrita, é prenúncio desta: uma vez cancelado o registro, cessa, para a empresa inadimplente, o caráter lícito da produção de cigarros; se persistente, a atividade, de permitida, passa a ostentar o modal deontico de não permitida, ou seja, proibida.

É marcante a sutileza da distinção, provocada por uma permissão condicionada: a produção de cigarros, embora desacoroçada pelo alto valor da alíquota do IPI, é atividade permitida, desde que se cumpram os requisitos legais pertinentes, mas produzir cigarros sem preenchimento destes - o que conduz à perda direta do registro especial - e, mais do que atividade desestimulada, comportamento proibido e ilícito.

Não colhe, pois, a alegação de que a administração estaria, neste caso, a encerrar ou impedir 'as atividades empresariais de uma sociedade ... que exerce atividade lícita.' A atuação fazendária não implicou, pelo menos à primeira vista, violação de nenhum direito subjetivo da autora, senão que, antes, a impediu de continuar a desfrutar posição de mercado conquistada à força de vantagem competitiva ilícita ou abusiva. [...]

Dadas as características do mercado de cigarros, que encontra na tributação dirigida um dos fatores determinantes do preço do produto, parece-me de todo compatível com o ordenamento limitar a liberdade de iniciativa a bem de outras finalidades jurídicas tão ou mais relevantes, como a defesa da livre concorrência e o exercício da vigilância estatal sobre setor particularmente crítico para a saúde pública.

Daí que o poder previsto no Decreto-Lei e as conseqüências que dele tirou a autoridade fazendária se afiguram válidos prima facie: se regularidade fiscal é condição para vigência do registro especial, que, por sua vez, é condição necessária da legalidade da produção de cigarros, não há excogitar lesão a direito subjetivo da autora, mas ato administrativo regular (conforme às regras), que abortou perpetuação de uma situação de ilegalidade.'

(STF, Pleno, AC-MC 1657, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, Rel. p/ acórdão Ministro Cezar Peluso, j. 27.07.2007).

Corroborando a possibilidade de cancelamento de registro especial de fabricante de cigarros, assim já se manifestou esta Egrégia Corte:

'CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. NÃO CABIMENTO. EMPRESA FABRICANTE DE CIGARROS. REGISTRO ESPECIAL. DECRETO-LEI N. 1.593/77. NATUREZA JURÍDICA DE LICENÇA. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS. LEGITIMIDADE DA EXIGÊNCIA DE REGULARIDADE FISCAL. LIVRE CONCORRÊNCIA. PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NA ESFERA ADMINISTRATIVA, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.

I - O exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão é livre, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (art. 5º, XIII, CR).

II - A livre iniciativa somente é legítima quando exercida no interesse da justiça social (art. 170, caput, parágrafo único e inciso IV, da Constituição da República).

III - Qualquer atividade no domínio econômico somente pode reputar-se lícita se o exercício da livre iniciativa ajustar-se à concorrência livre e leal, abrangendo a sujeição desses agentes às limitações administrativas, bem como o cumprimento das obrigações tributárias.

IV - A exigência do registro especial para as empresas fabricantes de cigarros, instituída pelo Decreto-Lei n. 1.593/77, situa-se no âmbito do poder de polícia, revestindo a natureza jurídica de licença administrativa.

V - A fabricação de cigarros é atividade lícita, mas dependente de licença (registro especial) para que o seu exercício se dê de maneira regular.

VI - Dentre os requisitos exigidos para a obtenção de tal licença está o cumprimento de obrigação tributária principal ou acessória, relativa a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal (art. 2º, inciso II, do Decreto-Lei n. 1.593/77).

VII - Legitimidade da exigência de regularidade fiscal, autorizadora da fruição de certas situações jurídicas, cuja razoabilidade vem expressada em diversas hipóteses no ordenamento jurídico.

VIII - No caso em tela, a razoabilidade da exigência de regularidade fiscal assenta-se no fato de que a atividade consistente na fabricação de cigarros, em virtude de sua magnitude econômica, requer uma fiscalização especial, objetivando viabilizar o combate à sonegação, homenageando, assim, o princípio da livre concorrência.

IX- Depreende-se das próprias afirmações da Agravante, que o Ato Declaratório n. 35/06, por meio do qual foi cancelado o seu Registro Especial de Fabricante de Cigarros, efetivamente não indica uma realidade totalmente nova pelo simples fato de ter sido emitido somente em outubro de 2006, ou seja, cerca de 07 (sete) meses após a intimação para a Agravante prestar esclarecimentos, uma vez que foi proferido dentro de um contexto fático em que houve a emissão de anterior ato de cancelamento de registro especial (Ato Declaratório n. 10, de 05.05.05).

X - Correta a conduta adotada pela Administração Tributária, no sentido da desnecessidade de novo processo administrativo para a manifestação do contribuinte, porquanto os sucessivos cancelamentos do registro da Agravante deram-se no âmbito de um único processo administrativo, sendo que o ato declaratório ora impugnado reporta-se ao ato de cancelamento anterior, não configurando ofensa aos princípios do devido processo legal na esfera administrativa, do contraditório e da ampla defesa.

XI - Precedentes desta Corte.

XII - Agravo de instrumento improvido. Cessação do efeito suspensivo ativo. Agravo Regimental prejudicado.'

(TRF 3ª Região, Sexta Turma, AI 285236, Rel. Desembargador Federal Lazarano Neto, Rel. p/ acórdão Desembargadora Federal Regina Costa, j. 26.03.2009, DJF3 06.04.2009).''

Por fim, com relação à constitucionalidade do cancelamento de registro especial de fabricante de cigarros, reporto-me a recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, sobre o tema, me decisão proferida em 22.5.2013, conforme Informativo nº 707, nos seguintes termos:

"INFORMATIVO Nº 707

TÍTULO

Indústria de cigarros: cancelamento de registro especial e obrigação tributária - 4

A cassação de registro especial para a fabricação e comercialização de cigarros, em virtude de descumprimento de obrigações tributárias por parte da empresa, não constitui sanção política. Essa a conclusão do Plenário que, ao finalizar julgamento, por decisão majoritária, negou provimento a recurso extraordinário, interposto por indústria de cigarros, em que se discutia a validade de norma que prevê interdição de estabelecimento, por meio de cancelamento de registro especial, em caso de não cumprimento de obrigações tributárias (Decreto-Lei 1.593/77) - v. Informativo 505. Preponderou o voto do Min. Joaquim Barbosa, relator e Presidente. Salientou, inicialmente, precedentes da Corte no sentido da proibição constitucional às sanções políticas. Asseverou que essa orientação não serviria, entretanto, de escusa ao deliberado e temerário desrespeito à legislação tributária. Não haveria se falar em sanção política se as restrições à prática de atividade econômica combatessem estruturas empresariais que se utilizassem da inadimplência tributária para obter maior vantagem concorrencial. Assim, para ser reputada inconstitucional, a restrição ao exercício de atividade econômica deveria ser desproporcional. Aduziu que a solução da controvérsia seria, no entanto, mais sutil do que o mero reconhecimento do art. 2º, II, do Decreto-Lei 1.593/77 como sanção política ou como salvaguarda da saúde pública e do equilíbrio concorrencial. A questão de fundo consistiria em saber se a interpretação específica adotada pelas autoridades fiscais, no caso concreto, caracterizaria sanção política, dada a ambiguidade do texto normativo em questão. Assim, a norma extraída a partir da exegese do aludido dispositivo legal seria inconstitucional se atentasse contra um dos três parâmetros constitucionais: 1) relevância do valor dos créditos tributários em aberto, cujo não

pagamento implicaria a restrição ao funcionamento da empresa; 2) manutenção proporcional e razoável do devido processo legal de controle do ato de aplicação da penalidade; 3) manutenção proporcional e razoável do devido processo legal de controle de validade dos créditos tributários cujo inadimplemento importaria na cassação do registro especial. Julgou atendidas essas três salvaguardas constitucionais, e concluiu que a interpretação dada pela Secretaria da Receita Federal não reduziria a norma ao status de sanção política.

RE 550769/RJ, rel. Min. Joaquim Barbosa, 22.5.2013. (RE-550769)

Indústria de cigarros: cancelamento de registro especial e obrigação tributária - 5

Ressaltou que seriam relevantes tanto o montante dos créditos cuja compensação não fora homologada quanto o montante total do débito tributário atribuído à empresa. Além disso, o risco à efetividade da tutela jurisdicional relativa à cassação do registro especial, existente por ocasião do julgamento da AC 1657 MC/SP (DJU de 11.5.2007), enfraqueceria com o julgamento de mérito da questão, já que, realizado o controle de constitucionalidade incidental da norma, não haveria mais expectativa juridicamente importante de reversão da penalidade. Ademais, não estaria demonstrado o risco à efetividade da tutela jurisdicional, no tocante ao controle de validade dos créditos tributários cujo inadimplemento levaria à cassação do registro especial. Considerou, ainda, ausente a plausibilidade da tese que defenderia a possibilidade de compensação de créditos referentes às antigas obrigações do Estado, cujos títulos teriam sido denominados "moeda podre", em virtude de sua duvidosa liquidez e de restrições postas pela legislação ordinária. Enfatizou pesarem, também, alegações graves contra a recorrente. Diante do contexto excepcional, a parte deveria ter demonstrado com precisão os motivos que teriam conduzido à sistemática e reiterada inobservância das normas de tributação. Não bastaria apontar a inconstitucionalidade absoluta do dispositivo analisado. Por fim, reputou que a assertiva imprecisa da existência de discussão sobre o sistema de tributação da indústria do cigarro com o IPI, fundada na suposta inconstitucionalidade da tributação via pautas de preços fixos, não teria sido parte do quadro apresentado ao tribunal de origem. O argumento não poderia ser usado para confirmar a plausibilidade da tese de violação do direito ao livre exercício de atividade econômica lícita.

RE 550769/RJ, rel. Min. Joaquim Barbosa, 22.5.2013. (RE-550769)

Indústria de cigarros: cancelamento de registro especial e obrigação tributária - 6

O Min. Ricardo Lewandowski sublinhou que o descumprimento reiterado de obrigações fiscais por parte de empresas do ramo provocaria distorção do mercado, pois permitiria o comércio de produtos em patamar de preço inferior à concorrência. Nesse sentido, a livre iniciativa não seria absoluta. Ressaltou, ainda, que os Enunciados 70 ("É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo"), 323 ("É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos") e 547 ("Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais") da Súmula do STF não seriam aplicáveis à espécie, por aludirem a devedores inseridos no regime geral de atividades econômicas. Além disso, a norma em comento não estabeleceria meio coercitivo para cobrança de tributo, mas sanções por práticas de atos ilícitos contra a ordem tributária.

RE 550769/RJ, rel. Min. Joaquim Barbosa, 22.5.2013. (RE-550769)

Indústria de cigarros: cancelamento de registro especial e obrigação tributária - 7

Vencidos os Ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Celso de Mello, que proviam o recurso e, incidentalmente, declaravam a inconstitucionalidade do art. 2º, II, do Decreto-Lei

1.593/77. O Min. Gilmar Mendes consignava que a norma impugnada não teria outro sentido além de reforçar a eficácia das normas tributárias a onerar o segmento econômico em questão. Tratar-se-ia, portanto, de sanção política estabelecida em benefício da arrecadação fiscal, o que estaria em descompasso com a jurisprudência da Corte. Nesse sentido, destacava os Enunciados 70, 323 e 547 da Súmula do STF. Reconhecia que o caso cuidaria de contumaz sonegadora, mas alertava para a gravidade de se impedir o exercício de atividade econômica em face de mero inadimplemento de tributo, mormente diante dos princípios constitucionais da livre iniciativa e do devido processo legal. O Min. Marco Aurélio apontava que não se trataria de norma a tutelar a saúde, porque caso a atividade fosse proibida, sequer caberia discutir a regra em comento. Ao contrário, condicionar-se-ia indevidamente a continuidade dessa atividade ao adimplemento de obrigações tributárias, principais ou acessórias. O Min. Celso de Mello acentuava que o poder de tributar não poderia chegar à desmedida do poder de destruir, pois esta extraordinária prerrogativa do Estado traduziria poder que somente deveria ser exercido dentro dos limites que o tornassem compatível com a liberdade de trabalho, comércio e indústria, bem assim com o direito de propriedade.

RE 550769/RJ, rel. Min. Joaquim Barbosa, 22.5.2013. (RE-550769)

Dessa forma, não vislumbro os requisitos indispensáveis à manutenção da decisão liminar proferida em primeiro grau de jurisdição, tendo em vista que os débitos apurados pela Delegacia da Receita Federal e não recolhidos pela contribuinte, ultrapassam os 300 milhões de reais, o que atende ao periculum in mora, caso seja postergada a continuidade da empresa sem os recolhimentos dos tributos de acordo com os critérios estabelecidos pela Receita, bem como ausente o fumus boni iuris, diante da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Ante o exposto, **dou provimento ao agravo de instrumento**, restabelecendo os efeitos do Ato Declaratório Executivo 23, de 29/04/2013, por meio do qual houve o cancelamento do fabricante de cigarros.

É como voto.

ELIANA MARCELO
Juíza Federal Convocada

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): ELIANA BORGES DE MELLO MARCELO:253

Nº de Série do Certificado: 16978FBC87F12AC6

Data e Hora: 21/10/2013 19:24:03

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0014007-21.2013.4.03.0000/SP

2013.03.00.014007-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : SP000003 JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
AGRAVADO : PHOENIX IND/ E COM/ DE TABACOS LTDA
ADVOGADO : SP182314 JORGE TADEO GOFFI FLAQUER SCARTEZZINI e
outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 21 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00080801020134036100 21 Vr SAO PAULO/SP

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela União Federal contra decisão que, nos autos de execução fiscal, deferiu o pedido de tutela antecipada formulado nos autos de ação de rito ordinário, em que se visa a anulação do Ato Declaratório Executivo nº 23, de 29/04/13.

A decisão agravada encontra-se assim vazada:

"Vistos, etc...

Trata-se de ação ordinária, com pedido de tutela antecipada, pela qual a autora objetiva provimento jurisdicional que anule Ato Declaratório Executivo nº 23, de 29/04/13 que cancelou seu registro especial de fabricantes de cigarros.

Aduz a autora, em síntese, que embora apresente situação regular perante o fisco federal, mediante certidão positiva com efeitos de negativa, a ré determinou a lacração de seu estabelecimento, bem como a apreensão de estoques, matérias-primas e cancelamento de marcas, sob o fundamento de recolhimento inferior de tributo e/ou omissão de declaração (art. 2º, 1º e 10, do Decreto-Lei 1.593/77).

Narra a inicial que o cancelamento do registro especial baseia-se em estimativas e presunções de suposto não-recolhimento de tributos e que, inexistindo lançamento do crédito tributário, há violação ao direito de defesa e devido processo legal e dos princípios da razoabilidade e impessoalidade.

Sustenta a autora, ainda que o artigo 2º-A, do Decreto-Lei 1.593/77 é inconstitucional e, mesmo que não fosse, não pode ser aplicado a fatos pretéritos a sua vigência.

Estabelece o artigo 273, incisos I e II, do Código de Processo Civil, que a tutela jurisdicional pode ser antecipada pelo Juiz desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e, haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou, fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

O Decreto-Lei 1.593/77 prevê, em redação dada pela Medida Provisória 2158-35/2001 e Lei 9.822/99 (art. 2º, II), que o cancelamento do registro especial pode ser motivado pelo "não-cumprimento de obrigação tributária principal ou acessória, relativa a tributo ou contribuição" e que a empresa "será intimada a regularizar sua situação fiscal ou apresentar os esclarecimentos e prova cabíveis" (art. 2º, 2º).

No caso vertente, infere-se da documentação que acompanha a inicial que a autora foi intimada a apresentar documentos hábeis a comprovar a prática de preços superiores ao limite estabelecido por instrução normativa e do início de procedimento fiscal de verificação de situação fiscal, através do qual foi instada a apresentar respectivos esclarecimentos e provas de recolhimento de IPI, PIS e COFINS, conforme produção de cigarros, no período de abril de 2009 a dezembro de 2012.

A autora atendeu a intimação relativa à prova e esclarecimentos fiscais, alegando, em resumo, que os débitos tributários constituídos estão com sua exigibilidade suspensa, em face do trâmite de fase administrativa de impugnação, como faz prova certidã de regularidade fiscal vigente.

A análise dessas razões e documentos resultou em informação que concluiu, em linhas gerais, os esclarecimentos prestados são insuficientes quanto às estimativas de tributos recolhidos a menor; caracterização de comportamento fiscal reiterado no descumprimento de obrigações tributárias principal e acessória; que a apresentação de impugnação e recursos no âmbito administrativo objetivam apenas protelar a cobrança de tributos; e, que o patrimônio líquido da empresa revela incapacidade financeira para arcar com débitos tributários.

Note-se que o disposto nos artigos 2º, 1º e 10 e 2º-A, do Decreto-Lei 1.593/77, pela redação dada pela Lei 12.715/2012, não inovaram a intenção do legislador na redação anterior que já autorizava o cancelamento do registro especial, concedido a título precário (inteligência do caput, do art. 2º), quando constatado o não-recolhimento de tributos e/ou não-apresentação de declarações pertinentes, de modo que não entendo existir indevida retroatividade da lei.

Outrossim, a redação de 2001 também previa a intimação do contribuinte para prestar esclarecimentos e provas cabíveis de sua situação fiscal, dispositivo que está em consonância com o garantia constitucional do contraditório e ampla defesa.

Entretanto, tal como destacado na inicial, entendo que o fisco violou o devido processo legal ao cancelar o registro especial, com as consequentes lacração do estabelecimento e apreensão de bens, antes da constituição do crédito tributário ou, ainda, que ao contribuinte fosse oportunizada ciência e defesa quanto à situação fiscal específica examinada na informação de fls. 38/52.

De fato, a autora uma vez intimada, em termos genéricos, a apresentar esclarecimentos apresentou resposta tempestiva em padrão igualmente genérico, indicando, especialmente, sua condição de regularidade fiscal, já que possui certidão positiva de débitos com efeitos de negativa vigente.

Caberia ao fisco, no uso das garantias e meios a ele inerentes, participar suas conclusões, notadamente quanto às estimativas de recolhimentos devidos baseadas em sistema especial de rastreamento de produção, exigindo novos e específicos esclarecimentos ou, ainda, no uso de atribuição privativa, efetuar o lançamento do crédito tributário se entendia, tal como se denota das conclusões externadas no PA 10880.720649/2013-69, caracterizado o descumprimento de obrigações tributárias, o que, dentro dos contornos legais, possibilitaria o ato de cancelamento de registro especial.

O requisito do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação não assegura, por si só, a concessão da tutela de urgência e, além de alegado, deve vir apoiado em mínimo lastro probatório, circunstância que deflui da própria narrativa inicial.

Face o exposto, ausentes os requisitos legais, DEFIRO o pedido de tutela antecipada para suspender os efeitos do Ato Declaratório Executivo nº 23, de 29/04/13."

Alega a agravante, União Federal, ter constatado, através do Sistema de Controle e Rastreamento de

Cigarros - SCORPIOS, o qual viabiliza ao fisco o controle de fabricação e selagem pelas indústrias de cigarros, a omissão em DCTF e não recolhimento de IPI e das contribuições ao PIS e COFINS no período de abril de 2009 a dezembro de 2012, em valores equivalentes a mais de R\$ 300.000.000,00 (trezentos milhões de reais). Afirmo que, durante o procedimento de fiscalização, foram observados os trâmites, limites e prazos, dando-se oportunidade à agravada promover o recolhimento dos valores não declarados em DCTF propositalmente, porém, manteve-se ela inerte, limitando-se a alegar que possuía certidão de regularidade fiscal. Aduz que a agravada apega-se à reiterada estratégia de não confessar os débitos em DCTF, aguardar lançamento de ofício, para depois interpor impugnações e recursos administrativos que suspendem a exigibilidade do crédito tributário, obtendo, assim, certidão positiva com efeitos de negativa.

Sustenta, ainda, que para a manutenção do registro especial não se afigura suficiente apenas a apresentação de certidão de regularidade de débitos, pois a lei exige comportamento fiscal exemplar (art. 2º-A do Decreto-lei 1.593/77). Assevera que a sonegação pela agravada atenta contra o princípio da livre concorrência, porquanto o desonerado "de fato" da carga tributária pode comercializar seus produtos em patamar econômico inferior ao de seus concorrentes.

No que tange ao periculum in mora, a agravante afirma decorrer do prejuízo aos cofres públicos, diante da continuidade das atividades de fabricação de cigarros sem contrapartida da arrecadação tributária e de garantia no tocante ao passivo tributário já existente, além de se perpetuar a concorrência desleal.

Devidamente intimada, a agravada apresentou contraminuta às fls. 872/892, arguindo, em preliminar, a intempestividade do recurso. No mérito, aduziu não ocorrer descumprimento de obrigação tributária principal ou acessória quando suspenso o crédito tributário, salientando possuir certidão positiva com efeitos de negativa, pois as inscrições existentes estão suspensas por impugnações ou recursos administrativos, motivo pelo qual não há fundamento para a lacração, com base no Decreto-lei 1.593/77; prossegue sustentando que a autoridade fiscal baseia-se em meras estimativas e presunções de quanto supostamente deveria ter sido recolhido aos cofres públicos em determinado período, sem um processo administrativo específico; assevera ser equivocado o entendimento da autoridade administrativa para aplicabilidade do artigo 2º-A do Decreto-lei 1.593/77, ou se está diante de dispositivo inconstitucional, pois retira da parte o direito de defesa, do devido processo legal, tolhe o livre exercício de sua atividade e até mesmo impede o acesso ao Poder Judiciário, violando-se inúmeros os dispositivos e princípios constitucionais, a exemplo dos artigos 1º, inciso IV, 5º, incisos XIII, XXXV, LIV e LV e 170, parágrafo único, da CF; a própria agravante reconhece que a agravada teve em oportunidades passadas impugnações reconhecidas, ainda que parcialmente. Defende, outrossim, o fato de que ainda que o STF tenha aceitado a possibilidade de cancelamento de registro especial de fabricante de cigarros [AC-MC 1657], referida análise deu-se antes do advento da Lei 12.715/2012, além de ser indevida a aplicação do artigo 2º-A do Decreto-lei 1.593/77, incluído pela Lei 12.715/2012, a fatos pretéritos, afirmando não possuir auto de infração posterior a setembro de 2012. Por fim, ressalta ser a lacração do estabelecimento medida drástica que afronta os princípios da razoabilidade e da impessoalidade.

O pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso foi indeferido às fls. 893/894.

É o relatório.

ELIANA MARCELO
Juíza Federal Convocada

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): ELIANA BORGES DE MELLO MARCELO:253

Nº de Série do Certificado: 16978FBC87F12AC6

Data e Hora: 21/10/2013 19:23:59
