



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

Processo n° 13609.720024/2006-85
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1302-001.530 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de outubro de 2014
Matéria IPI
Recorrente DISTRIBUIDORA PEQUI LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI

Ano-calendário: 2002, 2003, 2004

COMPETÊNCIA.

Compete à Terceira Seção de Julgamento do CARF processar e julgar recursos que versem sobre a aplicação da legislação de IPI.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Alberto Pinto Souza Junior - Presidente.

(assinado digitalmente)

Eduardo de Andrade - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Alberto Pinto Souza Junior (presidente da turma), Márcio Rodrigo Frizzo, Waldir Veiga Rocha, Guilherme Pollastri Gomes da Silva, Eduardo de Andrade e Hélio Eduardo de Paiva Araújo.

Relatório

Trata-se de apreciar Recurso Voluntário interposto em face de acórdão proferido nestes autos pela 2ª Turma da DRJ/JFA, no qual o colegiado decidiu, por unanimidade, considerar procedente o lançamento, mantendo o crédito tributário exigido, conforme ementa que abaixo reproduzo:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI

Ano-calendário: 2002, 2003, 2004

REFRIGERANTES FABRICADOS SOB ENCOMENDA.

Quando a industrialização se der por encomenda, o imposto será devido na saída do produto tanto do estabelecimento que o industrializar; como do estabelecimento encomendante, se industrial ou equiparado a industrial, ainda que para estabelecimento filial.

CRÉDITO BÁSICO.

O Princípio da não-cumulatividade do IPI é implementado pelo sistema de compensação do débito ocorrido na saída de produtos do estabelecimento do contribuinte com o crédito relativo ao imposto que fora cobrado na operação anterior referente à entrada de matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem e no caso específico, na entrada de refrigerantes fabricados sob encomenda. Não havendo exação de IPI nessas entradas, não há valor algum a ser creditado.

SUJEIÇÃO PASSIVA. SOLIDARIEDADE. RESPONSABILIDADE PESSOAL.

Respondem solidariamente pelo crédito tributário as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal.

A constituição e o uso de pessoas jurídicas para ocultar valores tributáveis, com prática de simulação absoluta e utilização de pessoas interpostas, denotam que o não recolhimento de tributos resultou de ação dolosa, caracterizando, assim, o elemento fático (*“atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos”*) para a responsabilização pessoal versada no art. 135 do CTN.

PERÍCIA. DILIGÊNCIA.

Sendo os elementos contidos nos autos suficientes para o deslinde da questão, é prescindível a realização de perícia ou diligência.

NORMAS PROCESSUAIS. NULIDADE

Comprovado que o procedimento fiscal foi feito regularmente, não se apresentando nos autos as causas apontadas no art. 59 do Decreto 70.235/72, não há que se cogitar em nulidade do lançamento.

Os eventos ocorridos até o julgamento na DRJ, foram assim relatados no acórdão recorrido:

Foi lavrado pela fiscalização da Delegacia da Receita Federal de Sete Lagoas/MG, em 14/12/2006, Auto de Infração (fls. 1342 a 1369) para exigir da empresa supra identificada o Imposto sobre Produtos Industrializados, no valor de R\$ 812.621,66, ao qual foram acrescidos multa de ofício, agravada e qualificada, e, juros de mora com base na SELIC, calculados até 30/11/2006, totalizando o crédito tributário de R\$ 3.119.916,24

Foram constatadas as seguintes irregularidades:

1) Falta de destaque e recolhimento do IPI incidente na nota fiscal de saída nº 008352, datada de 26/06/2003;

2) O contribuinte, equiparado a industrial, promoveu venda de refrigerantes, recebidos diretamente da empresa Belo Horizonte Refrigerantes Ltda, que os industrializou sob encomenda, sem lançamento do IPI correspondente, no período de abril de 2002 a dezembro de 2004.

No Termo de Verificação Fiscal de fls. 1370 a 1508 a fiscalização descreveu os procedimentos adotados, a constituição das diversas empresas que formariam o grupo intitulado “**Del Rey**”, a forma de operacionalização delas e as infrações constatadas.

Especificamente quanto ao Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI relata que “*apesar de escrituração obrigatória e de várias intimações não recebemos do contribuinte o Livro de Registro de Inventário*”..., o RAIPI, bem como os livros contábeis – Diário e Razão, ou alternativamente o livro Caixa (empresa optante pela sistemática do Lucro Presumido).

*“...O ‘modus operandi’ das empresas do ‘Grupo Del Rey’ funciona da seguinte maneira: a Distribuidora Pequi (matriz) adquire insumos para produzir refrigerantes e remete-os para industrialização na fábrica em Ribeirão das Neves, da empresa Belo Horizonte Refrigerantes Ltda com suspensão do IPI. Após industrialização a Belo Horizonte Refrigerantes Ltda emite duas notas fiscais: 1) para a Distribuidora Pequi matriz relativa à industrialização efetuada e 2) outra nota para a Distribuidora Pequi – filial, relativa à remessa dos refrigerantes já industrializados por conta e ordem do remetente dos insumos, ou seja, a matriz da Distribuidora Pequi”. Em nenhuma dessas notas referidas há destaque de IPI. Em algumas operações a Belo Horizonte Refrigerantes enviou **diretamente os produtos finais para o estabelecimento filial da Distribuidora Pequi.**”*

*“Ocorre que o estabelecimento da DISTRIBUIDORA PEQUI – **FILIAL**, não destacou o IPI nas saídas dos refrigerantes **recebidos diretamente do estabelecimento que os industrializou na modalidade de encomenda**. Portanto, o IPI é devido nas saídas dos refrigerantes industrializados sob encomenda, com remessa de insumos, recebidos diretamente do estabelecimento industrial por força do art. 33 da Medida Provisória 2.158/35, que alterou a redação do art. 4º da Lei 7798 de 1989*

(e) por conseguinte, os artigos 130 do RIPI/98 e 143 do RIPI/2002).

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/04/2004, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil). Autenticado digitalmente em 27/01/2015 por EDUARDO DE ANDRADE, Assinado digitalmente em 27/01/2015 por

EDUARDO DE ANDRADE, Assinado digitalmente em 10/02/2015 por ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR

Impresso em 13/02/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Observe-se que a filial é equiparada a industrial quando promove a saída de refrigerantes recebidos diretamente da indústria, que os produziu sob encomenda.”

*“Portanto, tendo ocorrido o fato gerador do IPI nas saídas de refrigerantes industrializados por encomenda recebidos diretamente do estabelecimento industrial e considerando que o contribuinte **não** destacou, nem recolheu o IPI devido nessas operações, constituímos o crédito tributário neste procedimento fiscal, conforme ‘Demonstrativo Sintético das Entradas de Refrigerantes no Período de Janeiro de 2002 a Dezembro de 2004’ (fls. 1335 a 1340), que resume os demonstrativos analíticos retro mencionados”*

Esclarece ainda o fisco que *“como a Distribuidora Pequi não possui estoque e também porque não comprovou a existência de qualquer estoque, embora intimada a fazê-lo, pois não apresentou escrituração contábil, nem o livro Registro de Inventário, é de se concluir **que todo o refrigerante industrializado pela Belo Horizonte Refrigerantes que entrou na Distribuidora Pequi também saiu do estabelecimento, ocorrendo, assim, o fato gerador do IPI.**” (grifo nosso)*

Ressalta que o contribuinte foi reiteradamente intimado a comprovar os créditos, não logrando fazê-lo.

Foram relatados diversos procedimentos adotados na circularização com fornecedores e com pessoas ligadas ao denominado “Grupo Del Rey”, assim como os processos judiciais trabalhistas envolvendo esse mesmo grupo de pessoas físicas e jurídicas

Com fulcro nos arts. 124, I, e 135 do Código Tributário Nacional (CTN) foram lavrados os Termos de Sujeição Passiva Solidária de n.ºs 007 a 12 (fls. 1513 a 1524), que arrolam como responsáveis, solidária e pessoalmente, pelo crédito tributário lançado de ofício as seguintes pessoas: ROSEANA DE FÁTIMA BICALHO LOURENÇO, CPF 491.102.096-20; ROSILENE BICALHO, CPF 806.436.806-59; MARIA TORRES DE FREITAS BICALHO, CPF 023.781.976-75; VANEI AFONSO DE SOUZA, CPF 525.737.026-34; WANDERLEI CARDOSO DE SOUZA, CPF 053.368.186-31; ROGÉRIO LUIZ BICALHO, CPF 761.465.706-30.

Cientificados da autuação, os responsabilizados apresentaram impugnações constantes do volume X, às fls. 1801 a 1831, 1838 a 1868 e 1873 a 1959, nas quais, após aduzirem seus argumentos, ao final pedem a exclusão de suas responsabilidades tributárias ou a anulação dos autos de infração, bem como a juntada de novos documentos e aditamentos às impugnações.

O contribuinte autuado também entregou impugnação, às fls. 2125 a 2200 (volume XI), com juntada de documentos até a fl. 2441, na qual ao final requer: *“provar o alegado pelos meios em direito admitidos, especialmente documentos e perícia, e para tanto apresenta desde já os seguintes quesitos, indicando desde já, como assistente técnico o Sr. Frederico Ferreira Pedrosa, auditor contábil do escritório Pedrosa Orsini Auditores Independentes, brasileiro, casado, contador, com escritório sito na Rua Rio Grande do Norte nº 160, sala 605, Bairro dos Funcionários, Belo Horizonte- MG”*

Requer ainda seja anulado o lançamento ou reduzido o valor do crédito tributário, “*devido a abusividade nos valores das multas.*”

A vista das alegações expendidas nos autos, o presente processo retornou à DRF responsável pelo lançamento, em diligência, para esclarecessem o seguinte:

a) notas fiscais que não representem **saídas tributadas**, por ventura existentes, no Demonstrativo Analítico das Saídas de Refrigerantes no Período de Janeiro/2002 a Dezembro/2004, constante do Anexo I,

b) caso haja, faz-se necessário que se refaça o Demonstrativo Sintético das Saídas de Refrigerantes desse mesmo período, reconstituindo-se a apuração do IPI devido em cada período base (Débito/Crédito).

c) tendo em vista os argumentos do impugnante e com intuito de evitar-se qualquer alegação de cerceamento do direito de defesa, solicita-se pronunciamento pormenorizado do Fisco a respeito dos créditos de IPI, previstos no § 2º do art. 143 do RIPI.

Em resposta a esta solicitação a Fiscalização informou às fls. 2485/2489 que:

*“A filial da Distribuidora Pequi **somente** foi autuada em virtude das saídas de refrigerantes que ingressaram **diretamente** em seu estabelecimento, oriundos da fabricante Belo Horizonte Refrigerantes Ltda, ou seja, foi autuada somente nas operações em que é equiparada a industrial – quando promoveu saída de refrigerantes recebidos diretamente da indústria, que os produziu sob encomenda (art. 33 da Medida Provisória 2.158-35 que alterou a redação do art. 4º da Lei 7798, de 1989; art. 130 do RIPI/98 e 143 do RIPI/2002). **Quando a filial recebeu refrigerantes industrializados por encomenda, em transferência da matriz e promoveu a saída desses refrigerantes, não ocorreu o fato gerador do IPI...**”*

Afirma mais adiante que “**não** estão arroladas no demonstrativo quaisquer notas fiscais que **não** representem saídas tributadas. Todas as notas fiscais (fls. 1291/1334) referem-se a entradas de refrigerantes **RECEBIDOS DIRETAMENTE** do estabelecimento industrializados situado em Ribeirão das Neves/MG, ou seja, da Belo Horizonte Refrigerantes Ltda e que posteriormente saíram, uma vez que o estabelecimento da Distribuidora Pequi não possui estoques de mercadorias.”

Portanto, concluem que não há retificações a fazer nos demonstrativos das notas fiscais objeto do lançamento da mesma forma que não encontraram créditos de IPI na forma permitida em lei .

Dado ciência à empresa ela apresentou em 22/10/2007 às fls. 2493/2500 razões adicionais de defesa, quais sejam: que Laudo Pericial aponta erros grosseiros, como “transferência simbólica como a realizada pela NF 000724, ou a devolução de produtos impróprios para consumo da NF 6610, etc. reafirmando os termos da impugnação em sua íntegra e

requerendo a nulidade do auto de infração ou quando muito a redução do crédito tributário.

A 2ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 3ª Seção, que primeiramente apreciou estes autos assim descreveu as alegações da recorrente na peça recursal:

Às fls. 2.629/2.716 (vol.XIII), consta o recurso voluntário apresentado pela contribuinte.

A contribuinte, preliminarmente, alega que o Termo de Perempção lavrado nos autos é infundado, visto o seu recurso ter sido apresentado tempestivamente. Afirma que, não obstante estar regularmente inscrita junto à Receita Federal, sem ter havido qualquer alteração do endereço no qual sempre recebeu suas intimações, a intimação da ciência do Acórdão proferido pela DRJ foi encaminhado por AR no endereço residencial do responsável pela empresa, Sr. Valdez Antônio Maciel, tendo sido a correspondência destinada a ele, razão pela qual a recebeu como se lhe tivesse sido endereçada, e não à empresa, haja vista que ele também é parte neste processo. Além disso, o AR foi recebido por terceira pessoa, que não compõe o quadro societário da empresa, nem é seu preposto ou empregado. Em razão da ausência da intimação pessoal da recorrente, requer a nulidade da decisão recorrida.

Após tais considerações acerca da tempestividade de seu recurso, a contribuinte passa todo tempo a apresentar argumentos de defesa para firmar a inexistência do “grupo Del Rey”, bem como para negar o envolvimento da família Bicalho nas operações irregulares apontadas pela autoridade autuante. Alega, em síntese:

- Que os principais indícios utilizados pela Fiscalização para caracterizar o suposto “Grupo Del Rey” foram os depoimentos colacionados no Auto de Infração lavrado. Afirma que tais depoimentos foram manipulados pela Fiscalização, que retirou as partes que não lhe interessava, violando o princípio da impessoalidade e moralidade administrativa;

- que, mesmo após a contribuinte ter apresentado as contra-declarações feitas pelos declarantes, a DRJ, sem quaisquer argumentos válidos, preferiu manter o auto de infração e a solidariedade, negando a aplicação do art 112 do CTN;

- que em nenhum momento o órgão julgador apresenta os fatos que motivaram o lançamento, nem demonstra outras provas que teriam sido utilizadas para manter a exigência tributária que não os preditos depoimentos, os quais foram desconstituídos pela defesa por meio de contra-declarações firmadas em cartório ;

- que os Sr. Rogério Luiz Bicalho e a Sra. Roseana de Fátima Bicalho Lourenço, ao contrário do afirmado pela Fiscalização, não possuem sala no galpão ocupado pela empresa Maxdrink, nem mesmo a Sra. Rosilene Bicalho trabalha na empresa T.A. Afirma que o Sr. Rogério e a Sra. Roseana freqüentam a Maxdrink vez ou outra, em razão de serem eles sócios da empresa detentora das marcas comercializadas pela Maxdrink. Informa que *“quando o Sr. Rogério se dirigia ao estabelecimento da Maxdrink, era no intuito de fazer levantamentos sobre números comercializados, uma vez que o contrato de Royalty pelo uso das marcas, permite que, além de receber relatórios com quantidades vendidas e estocadas, o cedente da marca pode obter tais informações diretamente na empresa e nos seus distribuidores, tendo assim, livre acesso as dependências de estocagem para conferência de notas fiscais de entrada e saída, nunca exercendo funções administrativas.”* De forma que *“a finalidade pela qual os referidos senhores freqüentam a empresa que distribui os refrigerantes da marca de sua propriedade é para conferência de vendas e conseqüente apuração de valores a serem pagos para sua empresa”*;

- que se o Sr. Rogério e a Sra. Roseana fossem sócios de fato da Maxdrink, certamente a freqüentariam com assiduidade e a Fiscalização, que tantas vezes esteve no local, os teria lá encontrado;

- que, “quanto ao fato levantado pela 1ª Turma Julgadora, no sentido de que em relação aos processos de marcas junto ao INPI de nº 820948535 (titular no INPI Belo Refrigerantes) e 825762022 (titular no INPI Rezinho Consultoria) teriam especificação do produto (refrigerantes) e nome do procurador (Carlos José do Santos Linhares) comuns em nada reforça a existência de grupo econômico, até mesmo porque o produto, obviamente, é o mesmo (refrigerantes) e o procurador, certamente em virtude de o mesmo ser especialista nesta área, atuando para clientes distintos”;

- que, quanto ao cartaz afixado na empresa Maxdrink referente à seleção de pessoal para o grupo Refrigerante Del Rey, a DRJ não fundamentou o seu entendimento;

- que é praxe que as pessoas e setores de empresas se coloquem como parte da marca mais conhecida que o estabelecimento comercializa, sendo assim, não há que se falar em existência de Grupo Del Rey;

- que o Sr. Rogério é conhecido dos funcionários da Distribuidora Pequini porque ele “efetivamente participou indiretamente, via RV Participações, do capital social da Belo Horizonte Refrigerantes. Contudo, o mesmo, à época, vislumbrou haver uma boa oportunidade na área de desenvolvimento, criação e gestão de marcas. Assim sendo, resolveu franquear as marcas por ele adquiridas, cobrando royalty pela utilização das mesmas, tendo em vista que o mercado possuía muitas indústrias de refrigerantes e produzir não era um diferencial competitivo. Desta feita, o Sr. Rogério fez por bem deixar de trabalhar com as unidades industriais, passando apenas a ceder o direito de uso de suas marcas, constituindo, juntamente com sua irmã, Roseana da Fátima Bicalho Lourenço, a empresa Rezinho Consultoria e Empreendimentos Ltda”. Afirma que, “mesmo não sendo mais proprietário da fábrica de refrigerantes, o Sr. Rogério Luiz Bicalho freqüentava suas instalações pelo simples fato de ser a empresa Rezinho Consultoria e Empreendimentos Ltda. proprietária das marcas, e de poucas máquinas utilizadas pela Belo Horizonte Refrigerantes”

- que “é mais do que normal o sócio diretor da empresa que detém as marcas e as cede para terceiros explorar (industrializando e comercializando), freqüentar as instalações para verificar a quantidade de refrigerantes produzidas, a fim de receber os valores devidos a título de Royalty, bem como o estado de conservação das máquinas utilizadas na produção”

- que a Turma Julgadora, na mesma linha da fiscalização autuante, utiliza-se dos depoimentos apenas quando lhe convém, desprezando as contra-declarações, que com muito mais propriedade (declarações registradas em cartório) derrubam os fracos indícios fiscais da existência de “Grupo Del Rey”;

- que, “em momento algum, os declarantes apontaram o Sr. Rogério Luiz Bicalho ou qualquer outro membro da “Familia Bicalho” como administradores de qualquer das empresas autuadas”. Afirma que “os declarantes, cujos depoimentos foram coletados ou obtidos em processos trabalhistas [...] apontam como “donos”, mas não como administradores.”

- que não é estranho que o Sr. Rogério Luiz Bicalho seja devedor solidário no contrato de abertura de crédito fixo, com garantia de alienação fiduciária, firmado entre o

Banco Volkswagen e a Belo Horizonte Refrigerantes Ltda, na compra de cewículos efetuada pela Belo Horizonte Refrigerantes. Afirma que sabendo o Sr. Rogério que a compra dos veículos aumentaria a venda de refrigerantes e, conseqüentemente ,o recebimento de Royalties, “[...] nada mais lógico que prestar fiança numa operação que indiretamente o beneficiaria, o que comprova não se tratar de um grupo econômico, mas sim de empresas negociando normalmente entre si”;

- que a habitualidade com que a Maxdrink efetuava pagamento das despesas de passagens aéreas do Sr. Rogério Luiz Bicalho também é absolutamente normal, pois a Maxdrink “ é devedora de Royalties para a Reizinho, empresa de que [o Sr. Rogério Luiz Bicalho] é sócio e administrador, e mais, este [o Sr. Rogério] tem interesse na divulgação da sua marca para possibilitar o aumento de vendas pela Maxdrink e, conseqüentemente, aumento no pagamento dos Royalties (...)”

Enfim, a recorrente procura desconstituir as declarações obtidas pela Fiscalização de várias pessoas ligadas às empresas, alegando, inclusive, motivos de interesse pessoal dos declarantes para vincular o Sr. Rogério Luiz Bicalho à empresa Maxdrink e prejudicá-lo. Afirma a todo o tempo que as três empresas (Distribuidora Pequi Ltda, Belo Horizontes Refrigerantes Ltda e Maxdrink Empreendimentos e Participações Ltda) são empresas completamente distintas, não havendo que se falar em grupo econômico, e que as questões apontadas pela Fiscalização, no sentido de demonstrar a estreita e incomum correlação entre as três empresas, são, na verdade, condutas absolutamente normais na prática do comércio, tendo em vista que o Sr. Rogério Luiz Bicalho tem interesse no aumento das vendas dos refrigerantes que comercializa, pois sobre ele recebe pagamento de royalties.

Justifica, ainda, a estreita relação entre a Maxdrink e a Distribuidora Pequi em razão de o Sr. Vaney Afonso de Souza ser sócio administrador da Maxdrink e também sócio majoritário da Distribuidora Pequi e, de forma que, no seu entendimento, “nada mais normal, pois, que a Maxdrink, como forma de acerto com a Distribuidora Pequi, efetue o pagamento do seu débito diretamente aos credores da Distribuidora Pequi(...)”. Afirma, ainda, que, sendo o Sr. Vaney padrinho de casamento da Sr^a Rosilene Bicalho, nada mais normal que presenteá-la com uma viagem de lua-de-mel, a qual foi paga com cheque da empresa Maxdrink, tendo sido este o motivo da emissão do cheque n^o. 850.098, do Banco do Brasil.

Aduz ser evidente a fragilidade dos fatos alegados pela Fiscalização e que inexistente qualquer grupo econômico. Afirma ser incabível a responsabilidade solidária das pessoas físicas de Rogério Luiz Bicalho, Roseana de Fátima Bicalho Lourenço, Roseana Bicalho e Maria Torres de Freitas Bicalho.

Quanto à exigência do IPI, alega, em síntese:

- que é incabível a exigência do IPI, vez que faz jus ao benefício fiscal de redução em 50% da alíquota referente aos refrigerantes de Guaraná, Uva, limão, tangerina e demais que utilizam extrato de frutas, consoante a Nota Complementar da TIPI n^o 221;

- que os únicos requisitos exigidos pela NC TIPI 221 são: (i) atender aos padrões de identidade e qualidade exigidos pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e; (ii) estarem os produtos registrados no órgão competente daquele Ministério. Deste modo, entende que a concessão do Ato Declaratório por parte da Receita Federal é ato vinculado, eis que a empresa preenche os requisitos para a sua concessão, sendo imperiosa a necessidade de fazer jus ao benefício previsto na NC TIPI 221;

- que os requisitos necessários à concessão do referido Ato Declaratório foram efetivamente comprovados pela Belo Horizonte Refrigerantes Ltda., consoante, consoante expressamente reconhecido no Termo de Verificação Fiscal, à fl. 57 dos autos;

- que a atuação da Fiscalização foi arbitrária ao utilizar, como base de cálculo do IPI, o valor de todas as Notas Fiscais emitidas, tenham sido elas de venda, devolução simbólica ou retorno de industrialização, e que não se sustenta a argumentação da DRJ de que a contribuinte foi intimada a apontar algum erro no cálculo e não o fez. Afirma que comprovou as alegações constantes da impugnação por meio de laudo pericial devidamente juntado aos autos e que não foi objeto de análise pela Turma julgadora, contrariando, assim, o princípio da verdade material;

- que *“é clarividente a inconstitucionalidade do artigo 15 da Lei 7.789/89 e artigo 131, §3º do Decreto 4.544/02, na medida em que ambos desrespeitam a definição da base de cálculo do IPI prevista no artigo 47, inciso II, alínea a do Código Tributário Nacional, que, por força do artigo 146, inciso III, alínea a da Constituição da República, detém a competência para definir a base de cálculo do IPI, sendo, hialino, pois, que o acórdão recorrido carece de revisão também neste mister.”*;

- que a Fiscalização simplesmente desconsiderou as determinações do §2º do artigo 143, que garante o creditamento, por parte do encomendante, do valor pago pelo estabelecimento industrializador;

- que a utilização de pautas fiscais para cobrança de tributo se mostra indubitavelmente inconstitucional e ilegal, à vista do ordenamento jurídico vigente. Afirma que utilização de pautas fiscais somente é cabível quando não for possível a identificação da base de cálculo real as operações;

- que encomenda a industrialização de refrigerantes à empresa Belo Horizontes Refrigerantes e que, assim, remete ao industrializador as matérias primas, os produtos intermediários e as embalagens necessárias à industrialização. Por força o artigo 42, inciso VI do RIPI, essas remessas, desde que os produtos industrializados sejam enviados ao remetente dos insumos, são suspensos de tributação pelo IPI. Da mesma forma, o retorno dos produtos industrializados ao estabelecimento encomendante, com destino ao comércio ou emprego em outra industrialização, também é suspenso de tributação pelo IPI;

- que, *ao realizar o envio das pré-formas para sopro, com a subsequente saída das garrafas PET sopradas, não há que se falar em cobrança do IPI, uma vez que este se encontrava com a sua incidência suspensa, dada a determinação dos incisos VI e VII do artigo 42 do RIPI. Logo, o responsável pelo recolhimento do imposto é o destinatário, autor da encomenda, tão logo ele efetue a saída do produto então industrializado por encomenda, sendo im procedente o auto de infração lavrado também neste mister*;

- que houve cerceamento de defesa em razão do indeferimento do pedido de perícia pela DRJ;

- que a multas aplicada tem caráter confiscatório;

- que é incabível a aplicação da multa ao patamar de 225%, em face da falta dos elementos de tipificação das irregularidades pretendidas pela Fiscalização;

- que, em momento algum, ficou comprovado nos autos o intuito do contribuinte de fraudar o fisco, nem mesmo a ocorrência de qualquer divergência entre a vontade real e a vontade declarada nos contratos sociais, de prestação de serviços, alterações contratuais, etc., relativo às empresas Belo Horizonte Refrigerantes, Maxidrink e Distribuidora Pequi, o que descarta por si só a ocorrência de simulação, sendo inaplicável a majoração das multas;

- que as empresas autuadas não deixaram de atender às intimações e que não se pode exigir a apresentação de documentos que as intimadas não possuem, de forma que, bem ou mal, foram prestados os esclarecimentos requeridos pela Fiscalização; e

- que também não há qualquer irregularidade no contrato de aluguel do galpão de propriedade da Sra. Maria Torres, onde se encontra sediada a empresa Belo Horizonte Refrigerantes. Afirma que não há registro de pagamento de aluguel de 2002 a dezembro de 2006 porque foi dado prazo de carência para empresa realizar obras no local e que o valor da locação é baixo é razão da realização de benfeitorias no imóvel, pela locatária.

Neste ponto, retoma a recorrente a intenção de desconstituir as provas trazidas pela Fiscalização para configurar a existência do grupo econômico, a simulação e o envolvimento da família Bicalho.

Ao final, requer a anulação do lançamento de ofício e, subsidiariamente, a redução ou exclusão das multas e juros aplicados.

Às fls. 2.720/2.795 consta o recurso voluntário apresentado, de forma conjunta, pelos responsáveis solidários ROGÉRIO LUIZ BICALHO, ROSEANA DE FÁTIMA BICALHO, ROSILENE BICALHO e MARIA TORRES DE FREITAS BICALHO.

Em linhas gerais, o recurso repete os mesmos argumentos apresentados pela contribuinte quanto à inexistência do Grupo Del Rey. Procura desconstituir os depoimentos colhidos pela Fiscalização em razão dos novos depoimentos prestados em cartório pelos mesmos depoentes. Tenta demonstrar que as relações entre os responsáveis solidários e as empresas fiscalizadas se restringiam aos aspectos comerciais, não havendo qualquer envolvimento pessoal que identifique a vinculação entre as recorrentes e a autuada, não se configurando a hipótese prevista no art. 174 do CTN. Afirma que, mesmo que ficasse provada a existência de uma sociedade de fato “os Recorrentes não poderiam ser responsabilizados pessoalmente pelos débitos, eis que, em momento algum, em nenhum dos depoimentos tomados como base pela fiscalização autuante, restou consignado que o Sr. Rogério Luiz Bicalho ou qualquer outro membro da "Família Bicalho" SERIAM OS ADMINISTRADORES de qualquer das empresas autuadas”. Alega que somente os sócios-gerentes podem ser responsabilizados pelos débitos da empresa e, mesmo assim, apenas quando os atos são praticados em infração à lei ou ao contrato social, razão pela qual não haveria base legal para a responsabilização de pessoas físicas que sequer figuram como sócios quotistas da empresa autuada. Repete os mesmos argumentos da contribuinte autuada em relação à aplicação da multa.

Ao final, requer a exclusão dos recorrentes do pólo passivo.

Por fim, tem-se que, em cumprimento da diligência requerida pela Turma julgadora, foram intimados da decisão da DRJ os responsáveis solidários VANEI AFONSO DE SOUZA e WANDERLEY CARDOSO DE SOUZA, que não apresentaram recurso.

Na sessão de julgamento de 26/09/2013, a 2ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 3ª Seção de Julgamento, por meio do acórdão nº 3202-000.928, acordou em declinar da competência em favor da Primeira Seção de Julgamento do CARF.

De acordo com o voto-condutor, a turma entendeu que os fatos narrados pela fiscalização relacionados à formação e atuação do denominado Grupo Del Rey fundamentaram a configuração de infração à legislação referente ao IRPJ, visto que serviram de base para a autuação da empresa Distribuidora Pequi Ltda referentes ao IRPJ, CSLL, PIS e Cofins, formando o processo administrativo nº 13603.720076/200610, o qual já foi objeto de julgamento pela Primeira Seção de Julgamento do CARF (Acórdão nº. 10323.409). Naqueles autos, inclusive, foram analisadas as questões relativas à existência do referido grupo econômico e à responsabilidade solidária dos sócios das três empresas.

Além disso, a turma argüiu o art. 2º do Anexo II do Ricarf, e por entender que o auto de infração do IPI encontrava-se lastreado em fatos cuja apuração serviu para configurar a prática de infração à legislação do IRPJ declinou da competência em favor da Primeira Seção.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Eduardo de Andrade, Relator.

O recurso é tempestivo, e portanto, dele conheço.

No caso vertente, conquanto haja alguma ligação com a apuração feita junto ao Grupo Del Rey, o presente lançamento é típico lançamento de IPI apurado de forma autônoma, e não de IPI apurado de forma reflexa, como decorrência da omissão de receitas verificada em fiscalização do IRPJ.

Veja-se, a propósito, que as infrações não são aquelas que normalmente se verificam na apuração reflexa de IPI, em especial pela obtenção de receitas à margem da contabilidade, o que acarreta o lançamento de IPI sobre as receitas omitidas.

Duas infrações foram apuradas (fls.1344): a) IPI lançado por não recolhimento, decorrente de o estabelecimento equiparado a industrial ter destacado o IPI em sua nota fiscal de saída nº 008352, de 26/06/2003, e não ter efetuado o recolhimento do IPI nos prazos prescritos; b) IPI não lançado pela saída de produtos, por ter o estabelecimento equiparado a industrial promovido a saída, sem lançamento do IPI, de refrigerantes recebidos diretamente da empresa Belo Horizonte Refrigerantes Ltda, estabelecimento que fabricou os produtos por encomenda do próprio contribuinte, sendo que após análise das notas fiscais de saída emitidas pelo estabelecimento filial, constatou-se que não houve destaque do IPI nas saídas de refrigerante.

Como se vê, tais lançamentos decorrem de infrações típicas da legislação do IPI, não reflexas da apuração do IRPJ. Neste sentido, a competência para o julgamento do processo é da Terceira Seção do Carf, nos termos do art. 4º, III, do Anexo II do RICARF, *verbis*:

Art. 4º À Terceira Seção cabe processar e julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de primeira instância que versem sobre aplicação da legislação de:

III - Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI);

Ainda de acordo com o RICARF, verifica-se que o art. 2º, IV do Regimento não pode ser aplicado ao caso, porquanto à Primeira Seção cabe processar e julgar o recurso somente quando a exigência esteja lastreada em fatos cuja apuração serviu para configurar a prática de infração à legislação pertinente à tributação do IRPJ. Mas, como vimos, o fato imediato que lastreia a exigência do IPI é típico de apuração feita em fiscalização do IPI, sendo que a fiscalização do IRPJ que apurou possíveis fraudes praticadas pelo Grupo Del Rey somente apresenta provas de fatos para auxiliar na verificação do vínculo de responsabilidade

estendido às pessoas sobre as quais pesou o Termo de Sujeição Passiva. Neste sentido, não há conexão, decorrência ou reflexividade com relação ao fato imediato que dá ensejo à tributação do IPI.

Além disso, nos termos do art. 59, II, do Decreto nº 70.235/72, são nulas as decisões proferidas por autoridade incompetente, *verbis*:

Art. 59. São nulos:

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Destarte, com a devida *venia* da Terceira Seção do CARF, entendo haver no caso a presença de conflito negativo de competência, o qual, de acordo com o art. 20, IX, do RICARF é dirimido pelo presidente do órgão.

Assim, voto para não conhecer do recurso, declinando a competência para a Terceira Seção do CARF.

Encaminhe-se o presente à apreciação do eminente senhor Presidente do CARF.

(assinado digitalmente)

Eduardo de Andrade - Relator