



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

Processo nº	13896.721403/2013-23
Recurso nº	De Ofício e Voluntário
Acórdão nº	1301-002.690 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de	19 de outubro de 2017
Matéria	IPI - Exigência reflexa
Recorrentes	REAL VET COMÉRCIO DE PRODUTOS QUÍMICOS LTDA E OUTROS (COOBRIGADOS) FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI

Ano-calendário: 2007

IPI. EQUIPARAÇÃO A ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL POR OPÇÃO. NECESSIDADE DE FORMALIZAÇÃO. ALTERAÇÃO CADASTRAL JUNTO AO CNPJ. INEXISTÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA.

A opção de equiparação a estabelecimento industrial deve ser formalizada por meio de alteração dos dados cadastrais junto ao CNPJ. Na ausência de tal formalização, não há que se falar no exercício dessa opção, e, consequentemente, na exigência de IPI do sujeito passivo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, considerar prejudicado o exame do recurso de ofício e dar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto - Presidente e Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Roberto Silva Júnior, José Eduardo Dornelas Souza, Ângelo Abrantes Nunes, Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro, Milene de Araújo Macedo, Amélia Wakako Morishita Yamamoto e Fernando Brasil de Oliveira Pinto.

Relatório

REAL VET COMÉRCIO DE PRODUTOS QUÍMICOS LTDA (contribuinte), NEWTON TULLI, MARIA JOSÉ DE OLIVEIRA GRAJCAR, AILTON MARRON e MARRON ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÃO LTDA (coobrigados) recorrem a este Conselho, com fulcro no art. 33 do Decreto nº 70.235, de 1972, objetivando a reforma do acórdão nº 14-49.634 proferido pela 8ª Turma da Delegacia de Julgamento em Ribeirão Preto que julgou parcialmente procedentes as impugnações apresentadas, exonerando parcela da exigência em razão do reconhecimento de decadência referente ao crédito tributário dos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a outubro de 2007.

Em razão do montante de tributos e juros exonerados, o Presidente do colegiado *a quo* recorre de ofício a este Conselho, com fulcro no art. 34 do Decreto nº 70.235, de 1972, c/c , art. 1º da Portaria MF nº 03, 03 de janeiro de 2008, haja vista o acórdão de origem ter exonerado o sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa em valor total superior a R\$ 1.000.000,00.

Ressalte-se que mesmo com o advento da Portaria MF nº 63, de 9 de fevereiro de 2017, que elevou o limite para interposição de recurso de ofício para R\$ 2.500.000,00, o montante exonerado ainda exige novo pronunciamento desta Corte Administrativa.

Trata-se de exigência reflexa de IPI decorrente de lançamento de IRPJ em razão de suposta omissão de receitas com base em depósitos bancários sem comprovação de origem, nos termos do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996.

A exigência de IRPJ e reflexos (CSLL, PIS e Cofins) encontra-se formalizada no processo 13896.721402/2013-89.

Por bem refletir o litígio até aquela fase, adoto o relatório da decisão recorrida, complementando-o ao final.

Trata-se de impugnação ao auto de infração lavrado contra o estabelecimento em epígrafe, no montante de R\$ 13.261.690,58 (inclusos juros de mora e multa de ofício agravada e qualificada), em decorrência das seguintes infrações:

1) PRODUTO SAÍDO DO ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL OU EQUIPARADO SEM EMISSÃO DE NOTA FISCAL - SAÍDA DE PRODUTOS SEM LANÇAMENTO DO IPI - RECEITA NÃO COMPROVADA / OMISSÃO DE RECEITA

O estabelecimento industrial ou equiparado a industrial deu saída a produtos tributados sem o lançamento do imposto, fato verificado através da constatação da ocorrência de omissão de receitas, apurada com base em depósitos bancários de origem não comprovada, o que caracteriza saídas não registradas.

2) PRODUTO SAÍDO DO ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL OU EQUIPARADO A INDUSTRIAL COM EMISSÃO DE NOTA FISCAL - SAÍDA DE

PRODUTOS SEM LANÇAMENTO DO IPI - CARACTERIZAÇÃO DE EQUIPARAÇÃO A INDUSTRIAL.

Falta de lançamento de imposto na(s) saída(s) de produtos tributados de estabelecimento caracterizado como equiparado a industrial.

3) PRODUTO SAÍDO DO ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL OU EQUIPARADO A INDUSTRIAL COM EMISSÃO DE NOTA FISCAL - SAÍDA DE PRODUTOS SEM LANÇAMENTO DO IPI E SEM A INFORMAÇÃO DO CÓDIGO NCM - CARACTERIZAÇÃO DE EQUIPARAÇÃO A INDUSTRIAL

Falta de lançamento de imposto nas saídas de produtos tributados de estabelecimento caracterizado como equiparado a industrial.

4) IPI LANÇADO E NAO ESCRITURADO - FALTA DE DECLARAÇÃO/RECOLHIMENTO DO SALDO DEVEDOR DO IPI ESCRITURADO (TOTAL OU PARCIAL)

O estabelecimento industrial ou equiparado a industrial não efetuou a escrituração das notas fiscais nos prazos estabelecidos pela legislação nem recolheu o imposto correspondente, conforme descrito no Termo de Constatação Fiscal anexo, que faz parte integrante e inseparável do presente Auto de Infração.

O procedimento de fiscalização e as conclusões dele decorrentes foram relatadas no Termo de Constatação Fiscal de fls. 4578 a 4599.

Segundo o relato da autoridade fiscal, a contribuinte não apresentou DIPJ relativa ao ano-calendário de 2007, DCTF e Dacon relativas ao 1º semestre daquele ano-calendário, apresentou DCTF do 2º semestre sem débitos a recolher e Dacon do 2º semestre com fichas em branco. Informou o fisco que não houve qualquer recolhimento de tributo no citado ano-calendário.

Constatou a fiscalização que a contribuinte declarou ao Fisco Estadual o valor de R\$ 10.038.137,55.

A fiscalização, tendo em vista que a contribuinte e o sócio-administrador não foram encontrados nos endereços constantes no cadastro do CNPJ, intimou os clientes do sujeito passivo para apresentarem as notas fiscais, contratos, orçamentos e propostas, que comprovassem as compras feitas da contribuinte. Tais documentos revelaram o auferimento de receita no montante de R\$ 31.780.571,13.

Intimou-se, também, os fornecedores a apresentar os comprovantes (notas fiscais, contratos, orçamentos e propostas) das vendas efetuadas para a contribuinte.

À contribuinte foi solicitada a apresentação dos extratos da movimentação financeira de todas as contas correntes, de poupança, de investimentos, vinculadas ou garantidas, mantidas no ano-calendário de 2007.

Como não houve atendimento por parte do sujeito passivo, foi expedida RMF para o Banco do Brasil e Bradesco requisitando tais extratos, os quais foram analisados e a contribuinte foi intimada a comprovar a origem dos valores creditados nas contas bancárias.

Posteriormente, com o intuito de identificar os reais beneficiários da movimentação financeira efetuada pelo sujeito passivo, foi rastreado o destino dos recursos representados por cheques descontados e/ou sacados na boca do caixa, através da análise das fitas – detalhe de movimentação de caixa.

A análise dos documentos obtidos permitiram a identificação de diversas pessoas físicas e jurídicas que se relacionaram com o sujeito passivo no período, isto é, receberam ou enviaram recursos para a contribuinte.

Foi apurada omissão de receita da atividade e omissão de receita caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada.

Foi lavrado, então, o auto de infração em comento, com exigência da multa de ofício de 225% e foram lavrados Termos de Sujeição Passiva Solidária em nome de Maria José de Oliveira Grajcar, Ailton Marron, Marron Administração e Participação Ltda., Newton Tullii, Abílio Trindade Domingos.

Regularmente cientificado da autuação, **Newton Tulli** por meio de seu representante legal, apresentou impugnação (fls.4780 a 4816) na qual alegou, em suma:

Como a empresa poderia cumprir a exigência de apresentar documentos se estava sendo intimada em local que se sabe não estar estabelecida. Ademais, os sócios e ex-sócios não foram citados por edital para fornecer os documentos ou constatar se são pessoas interpostas. É cediço que a citação por edital somente deve ser feita por exceção e não com a habitualidade sistemática realizada pelo fisco.

Se o fisco fosse coerente em suas decisões, teria diligenciado cautelosamente, para localizar os sócios, mas para estes basta o retorno de um AR para fazer a citação por edital.

É tradição, por ser pilar do estado democrático de direito, a proteção constitucional, em capítulo pétreo, dos direitos e garantias individuais dos cidadãos, no que se insere, dentre tantos outros, o direito à preservação da intimidade e privacidade. As informações financeiras e bancárias são de cunho íntimo e privado do cidadão, são invioláveis e se inserem no conceito de "dados" a que faz menção o inciso XII, do art. 5º, da CF/88.

O Poder Judiciário é quem possui a isenção para exercer o mister de, no confronto entre princípios tão caros quanto o Direito à Intimidade e Privacidade e o Interesse Público, aferir qual deles deverá ceder espaço ao outro, quebrando o sigilo bancário quando o interesse público se sobrelevar.

Quando se passa ao fisco os detalhes e minúcias da relação havida entre o contribuinte e a instituição financeira, se está a divulgar dados a terceiro, eis que o fisco aí é terceiro. 96. Esta revelação, quando se dá sem a autorização do contribuinte, que é o titular da intimidade e privacidade devassada, caracteriza e materializa a VIOLAÇÃO AO DIREITO À INTIMIDADE, PRIVACIDADE E SIGILO BANCÁRIO.

Quando isso ocorre (banco transfere os dados ao Fisco) viola-se a intimidade e privacidade do contribuinte, bem como o seu sigilo bancário, mesmo que o fisco mantenha sigilo sobre as informações recebidas.

Por tudo isso se espera que o Nobre Julgador entenda por ilegal a quebra indevida do sigilo e julgue o presente auto de infração nulo, uma vez que as provas obtidas foram feitas em desacordo com a Carta Magna, devendo estas provas serem desconsideradas, pois adquiridas da forma ilegal, tendo por base a tese da árvore do fruto envenenado, ilegal por derivação.

Mesmo que sejam aceitas tais provas, o fisco cometeu outro deslize, atribui à sujeição passiva a todos indiscriminadamente, sem individualizar suas condutas, e sem lhes atribuir à interposição/falta de recolhimentos de impostos de forma individual.

É sabido por todos, que somente determinada pessoa pode responder efetivamente pelo que efetivamente cometeu, no presente caso, se o Impugnante foi interposta pessoa e deixou de recolher determinado tributo somente por este pode responder.

A responsabilidade depende da intenção, o que torna (em princípio) irrelevante a presença de dolo, devendo ser apontada a vontade consciente de adotar a conduta ilícita. No presente caso, quanto ao Impugnante é evidente que este não descumpriu a lei, e se há eventual descumprimento se deveu a razões que escaparam a seu controle (terceiros), a infração não está caracterizada, não cabendo, pois, falar-se em responsabilidade passiva solidária.

O fisco atribuiu sujeição passiva a todos indiscriminadamente, sem individualizar suas condutas, e sem lhes atribuir à interposição/falta de recolhimentos de impostos de forma individual.

No presente caso, se o Impugnante foi interposta pessoa e deixou de recolher determinado tributo somente por este pode responder.

É evidente que o impugnante não descumpriu a lei, e se há eventual descumprimento se deveu a razões que escaparam a seu controle (terceiros), a infração não está caracterizada, não cabendo, pois, falar-se em responsabilidade passiva solidária.

Ademais, não conseguiu o fisco comprovar conluio entre as partes, tampouco qualquer tipo de laço entre estes.

Quanto à falta de escrituração contábil, nenhuma responsabilidade possui o Impugnante, pois esta é única e exclusiva dos sócios, sendo este apenas assistente de diretoria, que apenas cumpria ordens, cabendo aos sócios tal responsabilidade.

Afirmou a RFB no Auto de Infração, que o Impugnante era procurador da empresa (impugnante), endossou cheques, e ainda, um fornecedor informou ter este recebido pagamento por cheque destes, que não foram depositados na conta da Real, sendo depositados na conta de terceiros, chegando o fisco à conclusão que estes foram utilizados em seu proveito.

Estas conclusões são descabidas e não podem prosperar. Sendo assistente de diretoria gozava de confiança para executar determinadas ordens, a mando dos sócios da empresa. Por esse motivo, somente na conta junto ao Banco do Brasil lhe foi outorgado poderes para movimentar a conta, quando necessário, porém, sempre com o consentimento e aval dos sócios.

Em que pesem todas as alegações do fisco, mesmo que o Impugnante tenha endossado documentos, não há qualquer prova que indique qualquer vantagem financeira ou indevida.

Se o Impugnante tinha uma procuração para movimentação bancária, de acordo com os documentos juntados ao processo pela fiscalização, estas foram realizadas para compromissos da empresa Real, e se houve qualquer desvio de finalidade são os sócios que devem responder, pois o Impugnante agia a mando destes.

Os documentos acostados ao processo são provas cabais que não houve qualquer vantagem, e caso Vossa Senhoria não tenha se convencido, é de suma importância, sob pena de cerceamento do direito de defesa, a realização de perícia para constatar se os cheques supostamente endossados pelo Impugnante tiveram como destino sua conta bancária e consequente proveito econômico.

Da mesma forma, se faz necessário diligenciar para encontrar os sócios, pois não é admissível que pela análise de documentos enviados pelo Estado da Bahia, que fornece "indícios" que são pessoas com baixo grau de instrução, e pior, ao ler um papel afirma veementemente que estes são pessoas simples.

Quanto ao Sr. Alessandro agiram da mesma forma. Inicialmente alegam que como foi registrado em uma empresa de dedetização em 2009, isso o isenta de ter obtido proveitos na empresa de sua propriedade (Real).

Para acusar o impugnante injustamente, aduz que este ainda hoje trabalha no ramo químico (veterinário), porém, ignora outra empresa aberta no mesmo ramo de atividade da Real.

Resta claro que o Sr. Alessandro deve ter, em determinado momento, abandonado as atividades da Real e migrado seus negócios para a Nova Aliança.

Outro fator interessante, e que passou despercebido pela fiscalização, é o Sr. Alessandro ter assinado dezenas de cheques, mas mesmo assim, não teve qualquer proveito financeiro, nem administrou, gerenciou ou teve qualquer atividade na Real, conforme pode ser constatado a partir da fl. 552 do processo.

Do mesmo modo, o Sr. Formozo, na fl. 390 em diante, assinou cheques, todos com endosso, é forçoso concluir que pessoa é semi-analfabeta, que não teve qualquer proveito financeiro, nem administrou, gerenciou ou teve qualquer atividade na empresa Real, este quase beira a santidade.

A impressão que o fisco deixa, é que pessoas honestas que nada têm a esconder, que facilmente podem ser localizadas e que respondem as intimações, devem ser acusadas e a estas têm a obrigação imputar culpa, já os que ignoram intimações ou supostamente não são encontrados, seja por desídia ou falta de interesse, até mesmo do fisco, estas não têm responsabilidade por problemas empresariais de terceiros.

É absurdo o fisco atribuir-lhe responsabilidade passiva solidária por ter seguido ordens, mas não ter sequer qualquer prova que era administrador ou ter tomado qualquer decisão.

Quanto a ser indicado pelas empresas Fassim e Ciel não é de se causar qualquer espanto, uma vez que o Impugnante reconheceu que laborou na Real, tendo desempenhado função de assistente de diretoria, sempre agindo conforme determinado e a mando dos sócios, tendo contatos corriqueiros com clientes e fornecedores.

Diante da expertise adquirida em anos de trabalho, passou a comercializar pequenas quantidades de produtos veterinários, não havendo qualquer vedação legal, ademais, é fácil constar que o volume grande das vendas da Real, até para um leigo, quase que totalidade, foi de produtos derivados de petróleo (plástico) e não veterinários, hoje vendidos pelo Impugnante.

Não é possível imputar a este a culpa, pois o fornecedor informou que mantinha contato com este, e um tal de Sr. Eduardo, que sequer foi investigado. Ora, estas empresas não disseram que o Impugnado era dono da empresa, disseram que mantinham contato com ele. Caindo por terra a fraca imputação de culpa ao Impugnado, pela autuante. Ademais, informaram apenas o primeiro nome, Newton, não sendo possível, desta forma, confirmar se este realmente o Impugnante, podendo ser um homônimo.

Ao final, solicitou que se julgue improcedente o lançamento, pois os fatos apurados não se subsumem a hipótese sancionatória aplicada, seja por haver responsabilidade deste, pelas provas terem sido obtidas de forma ilegal, o agravamento das multas ter sido indevido, por falta de zelo e diligência do fisco e demais alegações acima, sem a responsabilização dos sócios, reais responsáveis (únicos responsáveis) na presente sujeição passiva.

Após ciência, **Maria José de Oliveira Grajcar**, apresentou impugnação de fls.4662 a 4777, na qual, em suma fez as seguintes considerações:

Em que se pesem as alegações da Impugnada, esta não pode prosperar, pois não há qualquer prova juntada aos autos, bem como, qualquer ilação, diante dos fatos narrados, que possa insculpir qualquer vantagem indevida, gerência ou administração da Impugnante na empresa Real Vet. após o período de 26/11/2006, data de sua saída do quadro societário.

Após sua saída do quadro societário, entregou todos os documentos contábeis e referentes da Real Vet. ao Sr. Carlos Alberto, no dia 16/11/2006, tendo tomado o cuidado de tirar cópia de sua CNH, que foi juntado aos autos.

Solicitou que seja diligenciado para intimação o Sr. Carlos Alberto da Silva, portador da carteira de identidade RG nº 12.276.579, inscrito no CPF nº 049.910.718-79, não bastando para tanto uma única tentativa de intimação, em que não houve resposta.

Quanto aos fatos que levaram aos ex-sócios Formozo e Antonio não conseguirem regularizar a situação no banco, o que levou a Impugnante a comparecer ao Banco para ajudá-los, deve ser levado em consideração, que já se passaram mais de 7 (sete) anos e documentos que não são importantes, para esta, não foram guardados, nem mesmo pela mais precavida das pessoas.

Não havia razão à impugnante para se opor à assinatura dos cheques, pois diziam respeito a uma empresa que já não era mais de sua propriedade, ademais não lhe prejudicaria em nada, e por este motivo, assinou os cheques já emitidos pelo banco no verso e

anverso. Ademais, para a Impugnante era uma questão de tempo para sua substituição como sócia perante o Banco do Brasil.

É cediço que para pagamentos por meio de cheque, se faz necessária assinatura do verso, quando se paga mais de uma conta, tendo adotado este procedimento para ajudá-los, fato que hoje a prejudicou, pois a fiscalização se prende a este único fato não tendo nada que comprove qualquer proveito econômico.

Os Sr. João Formoso e Alessandro, Ex-sócio e sócio da Real Vet., assinaram, endossaram e apuseram seus documentos de identificação em centenas de cheques, conforme documentos juntados pelos Bancos- Bradesco e Banco do Brasil. Lamentável que a fiscalização não tenha medido esforços para injustamente culpar a Impugnante e tenha se limitado a enviar um AR aos sócios João Formoso e Antonio Carlos, não fazendo qualquer diligência.

Embora a fiscalização tenha tentado, em nenhum momento conseguiu comprovar ter a Impugnante exercido função de gerência ou administração, quitação de obrigações, autorização pagamentos, tendo apenas esta efetuado um único saque e assinado os cheques até então existentes, após sua saída da sociedade, tendo isto ocorrido por um pedido dos sócios.

A fim de provar que estes cheques foram assinados logo após a saída da Impugnante, requer que o Banco do Brasil seja oficiado para informar em que data os 125 cheques assinados por esta, foram confeccionados. Pois se a Impugnante era interposta pessoa na gerência ou administração da sociedade, não havia razão para assinar cheques emitidos com antecedência, bastando, para tanto, assiná-los conforme a necessidade de sua emissão.

A fiscalização afirmou, mas não comprovou, que "continuou participando das atividades de gestão e administração da REAL VET", bem como continuou mantendo interesse comum em suas operações, auferindo vantagens financeiras e efetuando retiradas de recursos.

Do mesmo modo que os sócios excluídos pela fiscalização, é pessoa simples, viúva, com rendimentos quase que insignificantes, não tendo sequer casa própria, pagando aluguel e para demonstrar o alegado, junta cópia de extrato de sua conta corrente dos anos de 2007 até a data de hoje (DOC N° 02), bem com, extrato de seu Imposto de Renda do exercício de 2007 a 2012 (DOC N° 03), que é isento de tributação.

Por amor a argumentação, que milionário faz um empréstimo pessoal com 10 parcelas de R\$ 293,12 e por mais de 3 vezes e não consegue pagar o valor integral da parcela, conforme documento nº 03, fls. 61, 65, 67 e 71, e após 3 meses (sem quitação do primeiro empréstimo) faz novo empréstimo no valor total de R\$ 911,15, documento nº 03, fl. 69.

Deste modo, resta claro e é evidente que após sua saída da empresa, os cheques foram assinados a pedido dos sócios, não tendo a Impugnante permanecido na sociedade, nem sido interposta pessoa que enriqueceu ilicitamente, ou obteve quer vantagem com a empresa Autuada.

Pretende o fisco equiparar a Impugnante a diretores, gerentes ou representantes de pessoa jurídica de direito privado, que podem ser pessoalmente

responsáveis pelos créditos tributários resultantes de atos praticados com excesso de poderes, infração de lei, contrato social ou estatutos, ou seja, respondendo por dívidas da empresa que tiveram origem em sua atuação irregular.

Ademais, não há qualquer provas do locupletamento e o simples fato do não recolhimento de tributos não pode acarretar responsabilização pessoal, embora esta não fosse mais sócia no período autuado.

O agravamento de multa por não apresentação de documentação se a pessoa jurídica não foi localizada não pode prosperar. Se a empresa não é localizada, por óbvio não apresentará qualquer documento, sendo indevido agravamento de multa. Ademais a fiscalização adotou a exceção como regra e passou a fazer publicações por edital sistematicamente agindo de forma ilegal, após realizar uma única diligência para tentar a intimação da empresa e dos sócios.

Só pelos fatos narrados até o presente momento o presente auto é nulo, bem como responsabilização da Impugnante.

É hialino que somente os sócios poderiam ter e fornecer tais documentos, ocorrendo cerceamento de direito de defesa da Impugnante por não ter o fisco agido com desídia, quanto aos primeiros.

Após a fiscalização tomar todas as precauções devidas, aí sim poderia requisitar a um juiz quebra de sigilo bancário, uma vez que dispõe a Constituição Federal ser possível somente por essa autoridade.

Por fim requereu que seja diligenciado para localização de todos sócios e ex-sócios e do Sr. Carlos Alberto da Silva e Newton Tullii, para esclarecerem e responderem se a Impugnante após a cessão de suas quotas realizou alguma operação, que não as mencionadas neste instrumento ou se de alguma forma se beneficiou após novembro de 2006. E que o lançamento seja julgado improcedente, no que diz respeito à Impugnante, tendo em vista as patentes ilegalidades praticadas e também de não ter sido comprovado qualquer locupletamento, obtenção de vantagens financeiras, controle de fluxo financeiro de recursos, gerência, administração poder de gestão ou interesse comum em seus resultados, tendo em vista, ainda a nulidade das provas obtidas para instrução e conclusão do presente Auto de Infração.

Ailton Marron, na impugnação de fls. 4818 a 4875, fez, em suma, as seguintes alegações:

Em Preliminar:

Da nulidade absoluta do feito - Verifica-se à fl. 37, ser Alessandro Francisco Souza da Silva, o único sócio, unipessoal da Real Vet, e mesmo nesta qualidade, foi o único a não ser sequer incluído como coobrigado ou responsável solidário, o que invalida o procedimento fiscal, na medida em que atribuiu-se responsabilidade solidária a terceiros estranhos ao fato gerador e à empresa Real Vet, deixando de fora, o principal responsável, dada a unipessoalidade da sociedade.

Além disto, com a falta de intimação do único responsável pelo suposto crédito tributário, torna-se nulo todo o feito.

Da impossibilidade do exercício do direito de defesa : Conforme se verá, o Impugnante jamais teve qualquer vínculo com os negócios da Real Vet, e como desconhece totalmente a referida empresa, não tem condições de exercer o seu direito de defesa, na medida em que não tem acesso a nenhuma informação da Real Vet; não conhece seus sócios; seus dirigentes; e não tem nenhum modo de averiguar as acusações do Fisco, o que torna nulo o presente feito, por ofensa à ampla defesa, contraditório e devido processo legal, insculpidos no inciso LV, do artigo 5º, da Carta Magna.

Nulidade do Mandado de Procedimento Fiscal - MPF - Nulidade da autuação - Verifica-se dos autos que com relação ao Impugnante foi expedido somente o Mandados de Procedimento Fiscal- MPF-Diligência, fl. 4.231. Não houve a expedição de MPF-Fiscalização, o que era mister, impossibilitando, portanto, o Impugnante de tomar conhecimento que estava sendo fiscalizada. Não havendo a emissão deste, nula é a autuação e, em consequência, o crédito tributário nela consubstanciado.

Destarte, o MPF-Diligência de fl. 4.231 foi expedido em 11/09/2012 com prazo de validade até 09/11/2012. Não houve a expedição de MPF Complementar, não havendo, portanto, prorrogação do MPF originário. E a fiscalização foi concluída no dia 22/08/2013, fl. 4.673, ou seja, muito tempo após o vencimento do MPF. O MPF foi extinto e não foi expedido novo MPF para a conclusão do procedimento fiscal, razão pela qual é absolutamente nula a autuação.

Verifica-se, ainda, que o MPF de fl. 4.231 limita-se a "coleta de informações e documentos destinados a subsidiar o procedimento de fiscalização junto ao contribuinte responsável Real Vet...", de forma que o Impugnante não tomou conhecimento do objeto da fiscalização, como fazia mister, nos termos do § 1º, do artigo 7º, da Portaria RFB nº 3.014, de 29 de junho de 2011, até porque quem estava sendo fiscalizada era a Real Vet, e não o Impugnante.

Noutro viés, quem emitiu o MPF de fl. 4.231, foi o Delegado da Receita Federal do Brasil de Barueri. No entanto, o Impugnante está sediado em São Paulo e, portanto, o MPF com relação ao Impugnante teria que ter sido emitido pelo Delegado da Receita Federal do Brasil de São Paulo, ex vi do § 1º, do artigo 6º, da referida Portaria RFB nº 3.014.

Verifica-se que o outorgante MPF-D de fl. 4.231, não tinha competência para expedi-lo, ferindo o artigo 6º, § 1º, da Portaria RFB nº 3.014, de 29 de junho de 2011. Portanto, em nenhum momento o Impugnante tomou conhecimento de que estava sendo fiscalizada.

Além do mais, não consta no referido MPF, o código de acesso, impossibilitando o Impugnante de consultá-lo e de ter acesso ao procedimento fiscal contrariando, assim, o disposto no parágrafo único do artigo 4º, da Portaria RFB nº 3.014, de 29/06/2011.

De outro norte, embora conste do Termo de Início de Ação Fiscal a existência de um MPF emitido para a Real Vet, não há, nos autos, comprovante de entrega do MPF à mesma. Além disso, o Termo de Início de Ação Fiscal de fl. 03, lavrado unicamente contra a Real Vet, especifica unicamente o IRPJ a ser fiscalizado. Não há qualquer referência à fiscalização do IPI.

Nenhum ato fiscalizatório pode ter início e fim sem que para tanto seja observado os seguintes princípios básicos: legalidade, motivação, moralidade, interesse público, imparcialidade, imparcialidade, finalidade, razoabilidade e justiça fiscal. E, o Fisco não obedeceu a nenhum dos requisitos essenciais e indispensáveis ao procedimento do lançamento tributário.

Dante da nulidade dos MPF, nulo é todo o processo tributário administrativo e, por consequência, nulo é o crédito tributário pretendido. Torna-se, pois, imperativa a decretação de nulidade do processo tributário administrativo nº 13896.721403/2013-23.

Das intimações expedidas ao Impugnante - Consta, à fl. 4.230, a primeira intimação do Impugnante, na qual se pede o esclarecimento das transferências bancárias recebidas pelo Impugnante no valor de R\$ 480.781,37, assim como esclarecer acerca das aquisições ou transferências de bens entre as empresas. Consta, à fl. 4.236, o Termo de Reintimação Fiscal de 07/11/2012, reiterando a primeira intimação. Às fls. 4.241, consta o segundo Termo de Reintimação Fiscal, desta vez relacionando todas as transferências bancárias recebidas pelo Impugnante.

Em nenhum dos Termos de Intimação Fiscal o Impugnante foi intimado a apresentar qualquer escrituração contábil, de forma a oportunizar o conhecimento dos fatos pelo Fisco, o que configurou cerceamento de defesa e ofensa aos princípios da ampla defesa, contraditório e devido processo legal, insculpidos no inciso LV, do artigo 5º, da Constituição Federal.

Da ausência de sujeição passiva - O Fisco atribuiu responsabilidade ao Impugnante com base no artigo 124, I do CTN, ao fundamento de que a mesma recebeu no ano de 2007, mediante transferências de contas bancárias da Real Vet, a quantia de R\$ 480.781,37. Sustentou o Fisco que "... configura-se o interesse comum da pessoa física acima nas atividades da fiscalizada, demonstrado pelos recebimentos de recursos financeiros oriundos das operações mercantis da Real Vet, sem a comprovação das operações que justificassem o recebimento de tais valores."

O Impugnante, no período do fato gerador, não teve outra relação jurídica com a Real Vet senão o recebimento do valor acima em virtude de negócios efetivados pela empresa Korbety Aditivos para Plásticos Ltda., que tem como sócio o Impugnante, fls. 3.229, e o recebimento dos valores se deu em virtude de restituição de garantias prestadas.

Em 2007 a Korbety comprou da Real Vet, com garantia da empresa Marron Administração, que é a Holding detentora do patrimônio. PORTANTO. É QUEM DETÉM FORÇA E PODER PATRIMONIAL PARA FIANÇAS E GARANTIAS, e às vezes do próprio Impugnante, o valor de R\$ 768.411,05, fl. 3.213, promovendo o pagamento conforme se verifica às fls. 3.241/3.297. Importantíssimo ressaltar que as compras efetivadas pela Korbety ocorreram no período de março a maio de 2007. A Korbety promoveu os pagamentos de junho a setembro de 2007, enquanto o Impugnante recebeu as garantias nos meses de maio, junho, julho e outubro de 2007 (fls. 4.232/4.233).

Conforme se vê, o Impugnante não teve nenhuma participação na situação que configurou o fato gerador. O Impugnante nunca foi sócio e nunca participou dos negócios da Real Vet. Não existe um só fato que possa vincular o Impugnante com a Real Vet e seus sócios. Presumir que o Impugnante teve interesse comum na situação que constituiu o fato

gerador, é um absurdo. O Fisco, para atribuir responsabilidade solidária ao Impugnante com base no inciso I, do artigo 124, do CTN, teria que ter provado que a mesma realizou conjuntamente com o contribuinte, a situação configuradora do fato gerador.

Em razão do disposto no artigo 142, do CTN, a prova do interesse comum do responsável solidário na situação que constitui o fato gerador da exação é do Fisco, e este não se desincumbiu deste ônus. O mero recebimento de valores da Real Vet não vincula o Impugnante ao fato gerador, sendo, nessa hipótese, impossível que a responsabilidade tributária transborde da Real Vet que supostamente realizou o fator gerador.

O ônus da prova quanto ao fato constitutivo do direito é de quem o alega, sendo assim, aplica-se aqui a teoria geral da prova, que está consubstanciada nas disposições do Código de Processo Civil, mais precisamente em seu artigo 33. E isto não foi o que ocorreu no caso.

O Fisco imputou responsabilidade ao Impugnante por presunção, sem nenhuma prova contundente de que a mesma teria participado da situação que constituiu o suposto fato gerador. Mas, não se admite, no direito tributário, o lançamento por presunção. A Lei veda expressamente o lançamento com base em presunção; não se admite, em hipótese alguma, o lançamento com base em probabilidades, como foi feito in casu. E imprescindível a prova da ocorrência do fato gerador, bem como a prova de que o Impugnante tenha efetivamente contribuído para a sua ocorrência.

Da nulidade das intimações da Real Vet e de seu representante legal -
Conforme fl. 37, a Junta Comercial informa que o endereço do Alessandro Francisco Souza da Silva é na Rua Tocantins, 8, Gonzaga, São Paulo, CEP 11.055.340. O Termo de Intimação Fiscal de fls. 12/14, de 07.11.2012, foi endereçado para Rua Pinheiro, 73, Jabaquara, São Paulo. Já o Termo de Intimação de fl. 15 do mesmo dia 07.11.2012, tem como endereço a Rua Tocantins, 8, Gonzaga, São Paulo, CEP 11.055.340. Conforme fl. 17, o Correio certifica que o mesmo estava AUSENTE quando da entrega do Termo. Outro Termo foi remetido para Rua Av. Conselheiro Nébias, 603, apto. 105, Boqueirão, São Paulo, sem cumprimento. Depois disso, mais três termos de intimação foram expedidos contra o Alessandro, fls. 21/28, mas todos para outros endereços. O Termo de Início de Ação Fiscal de fls. 125/127 foi enviado para a Rua Pinheirinho, 73, Jabaquara, São Paulo. Todas as intimações enviadas à Real Vet, fls. 43/112, nenhuma delas foi para o endereço do Alessandro.

Em 11 de julho de 2007, fls. 36/37, a Real Vet promoveu uma alteração contratual, ocasião em que retiraram-se da sociedade João Formoso dos Santos e Antônio Carlos Vieira de Souza, sendo que a partir deste momento a sociedade transformou-se em unipessoal, fls. 37, apenas com o sócio ALESSANDRO FRANCISCO SOUZA DA SILVA, pelo prazo de 180 dias. Em 03 de setembro de 2013, fl. 37, a sociedade ainda continuava unipessoal, embora já decorrido o prazo legal de 180 dias.

No tempo em que as intimações foram remetidas à Real Vet, a mesma já encontrava-se com o prazo de duração expirado; assim, todos e quaisquer atos deveriam ser realizados na pessoa de seu único sócio ALESSANDRO, o que não ocorreu, ensejando a nulidade plena. O Alessandro tem endereço certo, sendo que as intimações não foram por ele recebidas, dada sua ausência no local no momento da entrega da intimação, fl. 17, e em tendo endereço certo, o Edital é nulo.

Requer seja declarada a nulidade do procedimento fiscal face à não intimação da sociedade extinta na pessoa do seu único sócio, Alessandro.

Decadência - Operou-se a decadência do direito de o Fisco constituir o crédito tributário referente ao período de janeiro a dezembro de 2007, no que concerne ao IPI. Conforme Relatório Fiscal, o fato gerador do pretenso débito é de janeiro a dezembro de 2007. O lançamento do crédito tributário ocorreu em 22 de agosto de 2013, época em que o Impugnante foi intimado da lavratura dos Autos de Infração. Portanto, nesta data, já havia o Fisco, decaído do direito de lançar o crédito tributário referente ao período de janeiro a dezembro de 2007, porquanto o mesmo dispunha do prazo de 05 (cinco) anos para constituir o crédito tributário, nos termos do artigo 173,1, do Código Tributário Nacional.

No mérito:

O Fisco utilizou como base de cálculo o valor de R\$ 40.834.113,71, fls. 4.585. No entanto, na remota hipótese de se manter o Impugnante na autuação, a base de cálculo dos supostos tributos devidos por ela, tem que somente o valor que o Fisco alega que o Impugnante recebeu da Real Vet, qual seja, o valor de R\$ 480.781,37, fls. 4.232/4.233. Muito embora este valor não constitua nenhuma vantagem econômica, pois decorreu de consequências de negócios feitos pela empresa Korbety de titularidade do Impugnante, foi o único valor que efetivamente recebeu da Real Vet. Não participou de mais nenhum ato ou negócio que implicou na geração da receita de R\$ 40.834.113,71.

Em nenhum momento a Real Vet foi intimada a justificar a origem dos depósitos bancários, ferindo de morte o disposto no artigo 287 do RIR, que determina a regular intimação do contribuinte para justificativa dos depósitos bancários.

Ademais, houve a tributação em duplicidade dos valores relativos aos depósitos, senão vejamos:

(i) do montante de R\$ 9.053.542,68, o valor de R\$ 6.922.885,22 refere-se a recebimento de duplicatas decorrente da receita auferida, o que está amplamente destacado nos extratos bancários e no relatório fiscal de fls. 4.644/4.651. Ali encontra-se claramente identificada a origem de R\$ 6.922.885,22 como sendo de COBRANÇA OU LIQUIDAÇÃO DE COBRANÇA, tratando-se de recebimento das duplicatas emitidas com decorrência da receita. Logicamente estes valores já se encontram dentro do montante da receita arbitrada de R\$ 31.780.571,03, devendo, pois, ser excluídos para fins de incidência de todos os tributos;

(ii) o valor de R\$ 688.652,11, refere-se a transferência de agência para agência, ou seja, o numerário saiu do Bradesco e foi para o Banco do Brasil, ou vice-versa, mas mesmo assim o Fisco tributou o valor indevidamente;

(iii) o valor de R\$ 138.346,99 refere-se a liberação de depósito anteriormente bloqueado, o que de toda maneira não pode ser objeto de tributação.

Para que houvesse a tributação de depósito bancário, o Fisco teria que recompor a conta caixa, mas limitou-se a relacionar os valores e não cuidou de averiguar se a Recorrente tinha ou não origem.

Do indevido lançamento do IPI - A atividade da Real Vet era de "comercio atacadista de outros produtos químicos e petroquímicos não especificados anteriormente", fls. 37, e nesta condição não é contribuinte do IPI. Sustenta o Fisco às fls. 4611 não ser permitido a um estabelecimento "efetuar destaque do IPI nas notas de venda para um cliente e não para outro". E mais. Afirma o Fisco que o contribuinte teria optado pela equiparação; no entanto, não traz prova correta da alegação.

A verdade é que uma empresa pode sim praticar operações comerciais e industriais. O fato gerador do IPI é a industrialização de produtos, e não a comercialização. O Fisco peca muito em seu relatório. A empresa Grampos Aços Ltda., fls. 2425/2531, anexa as notas fiscais no valor de R\$ 3.772.082,50, sendo que em nenhuma delas consta a cobrança do IPI, tratando-se unicamente de mercadoria comercializada e não fabricada. As informações trazidas pela Print Cor, fls. 2535/3044, no valor de R\$ 3.710.900,00, cujas notas fiscais não tem destaque do IPI, também revelam tratar-se de comercialização. A Química Araguaya Ltda., fls. 3048/3212, informa ter adquirido o valor de R\$ 1.324.858,65, também de comercialização. A informação prestada pela Pctite Marie Química Ltda., que comprou mercadorias no valor de R\$ 8.749.377,00, fls. 2385/2421, não atendeu ao determinado pela fiscalização, sendo certo que referida empresa não foi sequer reintimada a esclarecer os fatos, não podendo ser atribuído o fato gerador do IPI quando não restar comprovada a industrialização.

A situação acima demonstra que nem mesmo poderia ter ocorrido a tributação do IPI, e muito menos numa alíquota presumida de 15%. Todas as notas fiscais da Platunion, fls. 1753/2382, revelam que a alíquota do IPI cobrada foi de 5%, jamais de 15%.

Nos termos do artigo 197 do RIPI, o valor pode ser arbitrado pela autoridade fiscal; no entanto, o princípio da não-cumulatividade não pode ser desprezado, de forma que do montante apurado de débito deve ser abatido o montante do crédito, nos termos do § 2º, do artigo 155, da Constituição Federal e artigo 225, do RTPI. Portanto deve-se abater o valor relativo aos créditos.

Ilegalidade do aumento do percentual da multa pela metade - Ocorre que a Real Vet foi extinta em razão da unipessoalidade além do prazo permitido, e o seu único sócio, Alessandro, não foi intimado de nenhum ato. Assim, não há que se falar em ausência de atendimento de intimação, já que não houve a intimação.

Nestes termos, não se aplica, in casu, o disposto no § 2º, do artigo 44, da Lei nº 9.430/1996, sendo, pois, absolutamente ilegal o aumento do percentual da multa pela metade.

Em sua impugnação, a empresa **Marron Administração e Participação Ltda.** Defendeu o que se segue:

Em preliminar:

A nulidade absoluta do feito pela ausência de imputação de responsabilidade ao único sócio da Real Vet. - Verifica-se à fl. 37, ser Alessandro Francisco Souza da Silva, o único sócio, unipessoal da Real Vet, e mesmo nesta qualidade, foi o único a não ser sequer incluído como coobrigado ou responsável solidário, o que invalida o procedimento fiscal, na medida em que atribuiu-se responsabilidade solidária a terceiros

estranhos ao fato gerador e à empresa Real Vet, deixando de fora, o principal responsável, dada a unipessoalidade da sociedade.

Além disto, com a falta de intimação do único responsável pelo suposto crédito tributário, torna-se nulo todo o feito.

Da impossibilidade do exercício do direito de defesa da Impugnante.-A

Impugnante surge nestes autos na qualidade de responsável solidária (sujeição passiva), numa absurda tentativa do Fisco de atribuir à Impugnante, um vínculo com a empresa Real Vet. Pois bem. Conforme se verá, a Impugnante jamais teve qualquer vínculo com os negócios da Real Vet, e como desconhece totalmente a referida empresa, não tem condições de exercer o seu direito de defesa, na medida em que não tem acesso a nenhuma informação da Real Vet; não conhece seus sócios; seus dirigentes; e não tem nenhum modo de averiguar as acusações do Fisco, o que torna nulo o presente feito, por ofensa à ampla defesa, contraditório e devido processo legal, insculpidos no inciso LV, do artigo 5º, da Carta Magna.

Nulidade do Mandado de Procedimento Fiscal - MPF - Nulidade da autuação.- A Impugnante foi autuada sem que houvesse a emissão de MPF-Fiscalização. Houve apenas a emissão de MPF-Diligência, o que não poderia ocorrer, já que não houve aqui, somente a coleta de informações de interesse da administração tributária, mas sim o lançamento de crédito tributário em face da Impugnante, pelo que tornava mister a emissão de MPF-Fiscalização. E em não havendo a emissão deste, nula é a autuação e, em consequência, o crédito tributário nela consubstanciado.

Destarte, o MPF-Diligência de fls. 4.286 foi expedido em 11/09/2012 com prazo de validade até 09/11/2012. Não houve a expedição de MPF Complementar, não havendo, portanto prorrogação do MPF originário.

Entretanto, a fiscalização foi concluída no dia 22/08/2013, fl. 4.673, ou seja, muito tempo após o vencimento do MPF. O MPF foi extinto e não foi expedido novo MPF para a conclusão do procedimento fiscal, razão pela qual é absolutamente nula a autuação.

Verifica-se, ainda, que o MPF de fl. 4.286 limita-se a "coleta de informações e documentos destinados a subsidiar o procedimento de fiscalização junto ao contribuinte responsável Real Vet...", de forma que o Impugnante não tomou conhecimento do objeto da fiscalização, como fazia mister, nos termos do § 1º, do artigo 7º, da Portaria RFB nº 3.014, de 29 de junho de 2011, até porque quem estava sendo fiscalizada era a Real Vet, e não o Impugnante.

Noutro viés, quem emitiu o MPF de fl. 4.286, foi o Delegado da Receita Federal do Brasil de Barueri. No entanto, o Impugnante está sediada em São Paulo e, portanto, o MPF com relação ao Impugnante teria que ter sido emitido pelo Delegado da Receita Federal do Brasil de São Paulo, ex vi do § 1º, do artigo 6º, da referida Portaria RFB nº 3.014.

Verifica-se que o outorgante MPF-D de fl. 4.286, não tinha competência para expedi-lo, ferindo o artigo 6º, § 1º, da Portaria RFB nº 3.014, de 29 de junho de 2011. Portanto, em nenhum momento o Impugnante tomou conhecimento de que estava sendo fiscalizada.

Não consta no referido MPF, o código de acesso, impossibilitando o Impugnante de consultá-lo e de ter acesso ao procedimento fiscal contrariando, assim, o disposto no parágrafo único do artigo 4º, da Portaria RFB nº 3.014, de 29/06/2011.

De outro norte, embora conste do Termo de Início de Ação Fiscal a existência de um MPF emitido para a Real Vet, não há, nos autos, comprovante de entrega do MPF à mesma. Além disto, o Termo de Início de Ação Fiscal de fls. 03, lavrado unicamente contra a Real Vet, especifica unicamente o IRPJ a ser fiscalizado. Não há qualquer referência à fiscalização do PIS, COFINS, IPI e CSL.

Nenhum ato fiscalizatório pode ter início e fim sem que para tanto seja observado os seguintes princípios básicos: legalidade, motivação, moralidade, interesse público, imparcialidade, impessoalidade, finalidade, razoabilidade e justiça fiscal.

O Fisco não obedeceu a nenhum dos requisitos essenciais e indispensáveis ao procedimento do lançamento tributário.

Assim, diante da nulidade dos MPF, nulo é todo o processo tributário administrativo e, por consequência, nulo é o crédito tributário pretendido. Torna-se, pois, imperativa a decretação de nulidade do processo tributário administrativo nº 13896.721402/2013-89.

Das intimações expedidas à Marron - À fl. 4.284, consta a primeira intimação da Marron, na qual se pede o esclarecimento das transferências bancárias recebidas pela Impugnante no valor de R\$ 191.012,07, assim como esclarecer acerca das aquisições ou transferências de bens entre as empresas. À fl. 4.295, consta o Termo de Reintimação Fiscal de 07/11/2012, reiterando a primeira intimação. À fl. 4.299, consta o segundo Termo de Reintimação Fiscal, desta vez relacionando todas as transferências bancárias recebidas pela Impugnante. Em nenhum dos Termos de Intimação Fiscal a Impugnante foi intimada a apresentar qualquer escrituração contábil, de forma a oportunizar o conhecimento dos fatos pelo Fisco, o que configurou cerceamento de defesa e ofensa aos princípios da ampla defesa, contraditório e devido processo legal, insculpidos no inciso LV, do artigo 5º, da Constituição Federal.

Assim, ante a falta de intimação da Impugnante para apresentar sua escrituração contábil, o que impediu o conhecimento dos fatos pelo Fisco, impõe-se a decretação de nulidade do Auto de Infração, sob pena de ofensa ao artigo 5º, inciso LV, da Carta Magna.

Da ausência de sujeição passiva - O Fisco atribuiu responsabilidade à Impugnante com base no artigo 124, I do CTN, ao fundamento de que a mesma recebeu no ano de 2007, mediante transferências de contas bancárias da Real Vet, a quantia de R\$ 191.012,07. Sustentou o Fisco que "...comprovado o interesse comum da pessoa jurídica MARRON ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÃO LTDA. nas atividades operacionais da REAL VET, caracterizado pela obtenção de vantagens financeiras, sem comprovação de fatos que justificassem o recebimento de tais valores."

A Impugnante, no período do fato gerador, não teve outra relação jurídica com a Real Vet senão o recebimento do valor acima em virtude de negócios efetivados pela empresa Korbety Aditivos para Plásticos Ltda., que tem como sócio Ailton Marron, fls. 3.229.

A Impugnante também tem como sócio Ailton Marron, fl. 4.289, e o recebimento dos valores se deu em virtude de restituição de garantias prestadas.

Em 2007 a Korbety comprou da Real Vet, com garantia da Impugnante, que é a Holding detentora do patrimônio. PORTANTO É QUEM DETÉM FORÇA E PODER PATRIMONIAL PARA FIANÇAS E GARANTIAS, o valor de R\$ 768.411,05, fls. 3.213, promovendo o pagamento conforme se verifica às fls. 3.241/3.297.

Importantíssimo ressaltar que as compras efetivadas pela Korbety ocorreram no período de março a maio de 2007. A Korbety promoveu os pagamentos de junho a setembro de 2007, enquanto a Impugnante recebeu as garantias nos meses de julho, agosto e setembro de 2007 (fls. 4.285).

Conforme se vê, a Impugnante não teve nenhuma participação na situação que configurou o fato gerador. A Impugnante nunca foi sócia e nunca participou dos negócios da Real Vet. Não existe um só fato que possa vincular a Impugnante com a Real Vet e seus sócios. O Fisco, para atribuir responsabilidade solidária ao Impugnante com base no inciso I, do artigo 124, do CTN, teria que ter provado que a mesma realizou conjuntamente com o contribuinte, a situação configuradora do fato gerador.

Da nulidade das intimações da Real Vet e de seu representante lega I-
Conforme fl. 37, a Junta Comercial informa que o endereço do Alessandro Francisco Souza da Silva e na Rua Tocantins, 8, Gonzaga, São Paulo, CEP 11.055.340. O Termo de Intimação Fiscal de fls. 12/14, de 07.11.2012, foi endereçado para Rua Pinheiro, 73, Jabaquara, São Paulo. Já o Termo de Intimação de fls. 15 do mesmo dia 07.11.2012, tem como endereço a Rua Tocantins, 8, Gonzaga, São Paulo, CEP 11.055.340. Conforme fl. 17, o Correio certifica que o mesmo estava AUSENTE quando da entrega do Termo. Outro Termo foi remetido para Rua Av. Conselheiro Nébias, 603, apto. 105, Boqueirão, São Paulo, sem cumprimento. Depois disso, mais três termos de intimação foram expedidos contra o Alessandro, fls. 21/28, mas todos para outros endereços. O Termo de Início de Ação Fiscal de fls. 125/127 foi enviado para a Rua Pinheirinho, 73, Jabaquara, São Paulo. Todas as intimações enviadas à Real Vet, fls. 43/112, nenhuma delas foi para o endereço do Alessandro.

Em 11 de julho de 2007, fls. 36/37, a Real Vet promoveu uma alteração contratual, ocasião em que retiraram-se da sociedade João Formoso dos Santos e Antônio Carlos Vieira de Souza, sendo que a partir deste momento a sociedade transformou-se em unipessoal, fls. 37, apenas com o sócio ALESSANDRO FRANCISCO SOUZA DA SILVA, pelo prazo de 180 dias. Em 03 de setembro de 2013, fls. 37, a sociedade ainda continuava unipessoal, embora já decorrido o prazo legal de 180 dias.

No tempo em que as intimações foram remetidas à Real Vet, a mesma já se encontrava com o prazo de duração expirado; assim, todos e quaisquer atos deveriam ser realizados na pessoa de seu único sócio ALESSANDRO, o que não ocorreu, ensejando a nulidade plena. O Alessandro tem endereço certo, sendo que as intimações não foram por ele recebidas, dada sua ausência no local no momento da entrega da intimação, fls. 17, e em tendo endereço certo, o Edital é nulo.

Assim, requer seja declarada a nulidade do procedimento fiscal face à não intimação da sociedade extinta na pessoa do seu único sócio, Alessandro.

Decadência - Operou-se a decadência do direito de o Fisco constituir o crédito tributário referente ao período de janeiro a dezembro de 2007, no que concerne ao IPI.

No Mérito:

A base de cálculo dos supostos tributos devidos pela impugnante deve ser somente o valor que o Fisco alega que a empresa recebeu da Real Vet: R\$ 191.012,07, fl. 4.616. Muito embora este valor não constitua nenhuma vantagem econômica, pois decorreu de consequências de negócios feitos pela empresa Korbety de titularidade do mesmo sócio da Impugnante, foi o único valor que efetivamente recebeu da Real Vet. Não participou de mais nenhum ato ou negócio que implicou na geração da receita de R\$ 40.834.113,71.

Da tributação de depósitos bancários sem comprovação – O fisco tributou o valor de R\$ 9.053.542,68 (nove milhões, cinquenta e três mil, quinhentos e quarenta e dois reais e sessenta e oito centavos) como omissão de receita, em decorrência de depósitos bancários não comprovados, mas em nenhum momento a Real Vet foi intimada a justificar a origem dos depósitos bancários, ferindo de morte o disposto no artigo 287 do RIR, que determina a regular intimação do contribuinte para justificativa dos depósitos bancários.

Ademais, houve a tributação em duplicitade dos valores relativos aos depósitos, senão vejamos:

(i) do montante de R\$ 9.053.542,68, o valor de R\$ 6.922.885,22 refere-se a recebimento de duplicatas decorrente da receita auferida, o que está amplamente destacado nos extratos bancários e no relatório fiscal de fls. 4.644/4.651. Ali encontra-se claramente identificada a origem de R\$ 6.922.885,22 como sendo de COBRANÇA OU LIQUIDAÇÃO DE COBRANÇA, tratando-se de recebimento das duplicatas emitidas em decorrência da receita. Logicamente estes valores já se encontram dentro do montante da receita arbitrada de R\$ 31.780.571,03, devendo, pois, ser excluídos para fins de incidência de todos os tributos;

(ii) o valor de R\$ 688.652,11, refere-se a transferência de agência para agência, ou seja, o numerário saiu do Bradesco e foi para o Banco do Brasil, ou vice-versa, mas mesmo assim o Fisco tributou o valor indevidamente;

(iii) o valor de R\$ 138.346,99 refere-se a liberação de depósito anteriormente bloqueado, o que de toda maneira não pode ser objeto de tributação.

Para que houvesse a tributação de depósito bancário, o Fisco teria que recompor a conta caixa, mas limitou-se a relacionar os valores e não cuidou de averiguar se a Recorrente tinha ou não origem.

Do indevido lançamento do IPI - A atividade da Real Vet era de "comercio atacadista de outros produtos químicos e petroquímicos não especificados anteriormente", fls. 37, e nesta condição não é contribuinte do IPI. Sustenta o Fisco às fls. 4611 não ser permitido a um estabelecimento "efetuar destaque do IPI nas notas de venda para um cliente e não para outro". E mais. Afirma o Fisco que o contribuinte teria optado pela equiparação; no entanto, não traz prova correta da alegação.

A verdade é que uma empresa pode sim praticar operações comerciais e industriais. O fato gerador do IPI é a industrialização de produtos, e não a comercialização. O Fisco peca muito em seu relatório. A empresa Grampos Aços Ltda., fls. 2425/2531, anexa as

notas fiscais no valor de R\$ 3.772.082,50, sendo que em nenhuma delas consta a cobrança do IPI, tratando-se unicamente de mercadoria comercializada e não fabricada. As informações trazidas pela Print Cor, fls. 2535/3044, no valor de R\$ 3.710.900,00, cujas notas fiscais não tem destaque do IPI, também revelam tratar-se de comercialização. A Química Araguaya Ltda., fls. 3048/3212, informa ter adquirido o valor de R\$ 1.324.858,65, também de comercialização. A informação prestada pela Pctite Marie Química Ltda., que comprou mercadorias no valor de R\$ 8.749.377,00, fls. 2385/2421, não atendeu ao determinado pela fiscalização, sendo certo que referida empresa não foi sequer reintimada a esclarecer os fatos, não podendo ser atribuído o fato gerador do IPI quando não restar comprovada a industrialização.

A situação acima demonstra que nem mesmo poderia ter ocorrido a tributação do IPI, e muito menos numa alíquota presumida de 15%. Todas as notas fiscais da Platunion, fls. 1753/2382, revelam que a alíquota do IPI cobrada foi de 5%, jamais de 15%.

Nos termos do artigo 197 do RIPI, o valor pode ser arbitrado pela autoridade fiscal; no entanto, o princípio da não-cumulatividade não pode ser desprezado, de forma que do montante apurado de débito deve ser abatido o montante do crédito, nos termos do § 2º, do artigo 155, da Constituição Federal e artigo 225, do RTPI. Portanto deve-se abater o valor relativo aos créditos.

Ilegalidade do aumento do percentual da multa pela metade. - Ocorre que a Real Vet foi extinta em razão da unipessoalidade além do prazo permitido, e o seu único sócio, Alessandro, não foi intimado de nenhum ato. Assim, não há que se falar em ausência de atendimento de intimação, já que não houve a intimação.

Nestes termos, não se aplica, in casu, o disposto no § 2º, do artigo 44, da Lei 9.430/96, sendo, pois, absolutamente ilegal o aumento do percentual da multa pela metade.

Resumiu os pedidos da seguinte forma:

1) Limitar a responsabilidade da Impugnante ao valor de R\$191.012,07, único valor recebido da Real Vet pela mesma a título de restituição de garantia.

2) Excluir da base de cálculo de todos os tributos o valor de R\$ 6.922.885,22, relativos a recebimento de cobrança de duplicatas emitidas pela Real Vet, assim bem como a exclusão do valor de R\$ 688.652,11, relativos a transferência de numerários entre agências, e o valor de R\$ 138.346,99, relativo a desbloqueio de depósito bancário.

3) Limitar a incidência do IPI estritamente às notas fiscais onde existem destaques do imposto.

4) Limitar a incidência, se for o caso, à alíquota de 5%, bem como assegurar o direito ao creditamento.

5) Reconhecer a ilegalidade da aplicação do disposto no § 2º , do artigo 44, da Lei nº 9.430/96, decotando da multa, o aumento aplicado.

Analisando a impugnação apresentada o colegiado *a quo* julgou-a parcialmente procedente, restando assim redigida sua a ementa do julgado:

Assunto: Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI

Ano-calendário: 2007

LANÇAMENTO DECORRENTE. OMISSÃO DE RECEITAS.

Comprovada a omissão de receitas em lançamento de ofício respeitante ao IRPJ, cobra-se, por decorrência, em virtude da irrefutável relação de causa e efeito, o IPI correspondente, com os consectários legais.

EQUIPARAÇÃO A INDUSTRIAL. OPÇÃO.

Na equiparação industrial por opção, a empresa comercial atacadista se equipara a industrial em todas as suas operações de vendas.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2007

DECADÊNCIA. DOLO COMPROVADO.

O direito de a Fazenda Pública rever lançamento por homologação em que o sujeito passivo tenha se utilizado de dolo, fraude ou simulação, extingue-se no prazo de 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

PROVA. EXTRATOS BANCÁRIOS. OBTENÇÃO.

Válida é a prova consistente em informações bancárias requisitadas em absoluta observância das normas de regência e ao amparo da lei, sendo desnecessária prévia autorização judicial.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INTERESSE DE FATO.

Evidenciado o vínculo de fato entre pessoas estranhas ao quadro societário e a empresa autuada, regular é a atribuição de responsabilidade solidária, por interesse comum nas situações que se constituíram os fatos geradores das obrigações autuadas.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. GERENTE.

É solidária a responsabilidade do gerente pelos créditos decorrentes de obrigações tributárias resultantes de atos praticados com infração à lei.

MULTA AGRAVADA.

Mantém-se a multa de ofício agravada, quando se encontram materializados nos autos os pressupostos previstos na legislação tributária para sua majoração.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2007

MPF. INSTRUMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO.

O Mandado de Procedimento Fiscal é mero instrumento de controle administrativo e eventual irregularidade em sua emissão não acarreta nulidade de lançamento.

INTIMAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. EDITAL. VALIDADE.

Válida a intimação por edital quando resultar improfícua a via pessoal, a postal ou a eletrônica.

NULIDADE.

Não há que se cogitar de nulidade do lançamento quando observados os requisitos previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Não configura cerceamento do direito de defesa se o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação se encontraram plenamente assegurados.

DILIGÊNCIA. PRESCINDIBILIDADE. INDEFERIMENTO.

Estando presentes nos autos todos os elementos de convicção necessários à adequada solução da lide, indefere-se, por prescindível, o pedido de diligência.

A parcela da exigência exonerada se deu em razão do reconhecimento de decadência referente ao crédito tributário dos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a outubro de 2007.

Ailton Marron foi cientificado da decisão em 21 de agosto de 2014 (fl. 5019), uma quinta-feira, apresentando recurso voluntário de fls. 5217-5279 em 22 de setembro de 2014 (fl. 5280) – uma segunda-feira.

Maria José de Oliveira Grajcar foi cientificada da decisão em 21 de agosto de 2014 (fl. 5018), uma quinta-feira, apresentando recurso voluntário de fls. 5059-5088 em 19 de setembro de 2014 (fls. 5089-5090).

Marron Administração e Participação Ltda -ME foi cientificada da decisão em 21 de agosto de 2014 (fl. 5018) , uma quinta-feira, apresentando recurso voluntário de fls. 5152-5214 em 22 de setembro de 2014 (fl. 5215) – uma segunda-feira.

Abílio Trindade Dominigos, que não havia apresentado impugnação, foi cientificado da decisão em 21 de agosto de 2014 (fl. 5021), não constando dos autos qualquer informação sobre a interposição de recurso voluntário.

Newton Tullii foi cientificado da decisão em 02 de setembro de 2014 (fl. 5022), apresentando recurso voluntário de fls. 5024-5056 em 19 de setembro de 2014 (fls. 5057-5058).

Em resumo, os recorrentes reafirmam os termos das impugnações apresentadas.

Em 26 de setembro de 2016 Ailton Marron e Marron Administração e Participação Ltda. protocolaram o expediente de fls. 5285-5417 informando sobre o resultado do julgamento do processo principal (IRPJ) - acórdão 1302-001.921 - por meio do qual os requerentes teriam sido excluídos do polo passivo da obrigação tributária, requerendo que o mesmo entendimento fosse aplicado nos presentes autos em razão de se tratar de exigência reflexa, constituída com os mesmos elementos de prova.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Relator.

1 ADMISSIBILIDADE

Os recursos voluntários apresentados são tempestivos e assinados por procuradores devidamente habilitados. Preenchidos os demais pressupostos de admissibilidade, deles, portanto, tomo conhecimento.

2 RECURSO VOLUNTÁRIO

O litígio diz respeito a exigência de IPI. A primeira parcela do crédito tributário diz respeito a omissão de receitas apurada em procedimento fiscal que culminou a exigência de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins sobre omissão de receitas (divergência entre valores declarados ao Fisco Estadual e ao Fisco Federal, sendo que, em relação aos tributos federais, ou houve ausência de transmissão de declarações, ou foram transmitidas sem informação de qualquer auferimento de receitas, não havendo também qualquer recolhimento de tributo relativo aos períodos de apuração sob procedimento fiscal). Além disso, houve lançamento com base em créditos em contas bancárias sem comprovação de origem (art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996). A penalidade cominada foi de 225% (multa qualificada e agravada). Foram lavrados diversos termos de responsabilidade incluindo os supostos reais proprietários da pessoa jurídica autuada, uma vez que a autoridade fiscal autuante entendeu que os sócios apontados no contrato social da empresa seriam todos interpostas pessoas.

O processo principal (13896.721402/2013-89) já teve seu recurso voluntário apreciado (acórdão 1302-001.921), tendo sido mantida integralmente a exigência, mas excluída a responsabilidade tributária atribuída aos coobrigados Maria José de Oliveira Gajcar, Ailton Marron e Marron Administração e Participação Ltda (manteve-se, contudo, o senhor Newton Tullii no polo passivo da obrigação tributária).

Já a presente exigência de IPI, tem como primeira infração justamente o reflexo da omissão de receitas apurada no processo principal. Nesse ponto, haveria de se partir do pressuposto de que, mantida a omissão de receitas no processo de IRPJ, tal conclusão deve ser mantida para fins do litígio ora analisado, sendo necessário tão somente abordar as questões específicas atinentes ao IPI.

Além dessa infração, a autoridade fiscal autuante concluiu que haver outras infrações, a saber:

2) PRODUTO SAÍDO DO ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL OU EQUIPARADO A INDUSTRIAL COM EMISSÃO DE NOTA FISCAL - SAÍDA DE PRODUTOS SEM LANÇAMENTO DO IPI - CARACTERIZAÇÃO DE EQUIPARAÇÃO A INDUSTRIAL.

Falta de lançamento de imposto na(s) saída(s) de produtos tributados de estabelecimento caracterizado como equiparado a industrial.

3) PRODUTO SAÍDO DO ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL OU EQUIPARADO A INDUSTRIAL COM EMISSÃO DE NOTA FISCAL - SAÍDA DE PRODUTOS SEM LANÇAMENTO DO IPI E SEM A INFORMAÇÃO DO CÓDIGO NCM -CARACTERIZAÇÃO DE EQUIPARAÇÃO A INDUSTRIAL

Falta de lançamento de imposto nas saídas de produtos tributados de estabelecimento caracterizado como equiparado a industrial.

4) IPI LANÇADO E NAO ESCRITURADO - FALTA DE DECLARAÇÃO/ RECOLHIMENTO DO SALDO DEVEDOR DO IPI ESCRITURADO (TOTAL OU PARCIAL)

O estabelecimento industrial ou equiparado a industrial não efetuou a escrituração das notas fiscais nos prazos estabelecidos pela legislação nem recolheu o imposto correspondente, conforme descrito no Termo de Constatação Fiscal anexo, que faz parte integrante e inseparável do presente Auto de Infração.

Pois bem, passo à análise do caso concreto.

O ponto principal a analisar é se o contribuinte seria ou não contribuinte do IPI.

Assim consta na decisão recorrida:

IPI. EQUIPARAÇÃO À INDUSTRIAL.

Com base nas cópias de notas fiscais emitidas pela contribuinte (com destaque de IPI) obtidas junto a seus clientes, no procedimento de circularização de informações, o Fisco entendeu ter a empresa optado voluntariamente pela equiparação a industrial e lançou de ofício os valores de IPI não destacados nas notas fiscais de saída, de acordo com as classificações fiscais na NCM e alíquotas constantes da TIPI. Além do IPI devido sobre a “omissão de receitas” de origem não comprovada.

O contribuinte, por sua vez, alegou que a atividade da Real Vet era de "comercio atacadista de outros produtos químicos e petroquímicos não especificados" e, nesta condição, não seria contribuinte do IPI. E que o Fisco não teria provado corretamente a opção pela equiparação.

Alegou-se, ainda, que a empresa pode praticar operações comerciais e industriais conjuntamente. Que o fato gerador do IPI é a industrialização de produtos, e não a comercialização. Que a empresa Grampos Aços Ltda, cujas notas fiscais somam o valor de R\$ 3.772.082,50, não teve que em nenhuma o destaque do IPI, tratando-se unicamente de mercadoria comercializada e não fabricada. As informações trazidas pela Print Cor, no valor de R\$ 3.710.900,00, cujas notas fiscais não tem destaque do IPI, também revelam tratar-se de comercialização. A Química Araguaya Ltda que informa ter adquirido o valor de R\$ 1.324.858,65, também de comercialização. A informação prestada pela Pctite Marie Química Ltda., que comprou mercadorias no valor de R\$ 8.749.377,00 não atendeu ao determinado pela fiscalização, sendo certo que referida empresa não foi sequer reintimada a esclarecer os fatos, não podendo ser atribuído o fato gerador do IPI quando não restar comprovada a industrialização. Nestes casos, não poderia ter ocorrido a tributação do IPI, e muito menos a uma alíquota presumida de 15%.

Todas as notas fiscais da Platunion revelam que a alíquota do IPI cobrada foi de 5%, jamais de 15%.

Primeiramente, há que se observar que todas as operações em que houve a identificação da classificação fiscal/alíquota ou do produto foram tributadas às alíquotas correspondentes, conforme se pode observar das relações de notas fiscais e anexos constantes do auto de infração.

Quanto à equiparação a industrial, deve-se ter em mente que o contribuinte, embora comercial atacadista (empresa não industrial), pode optar por se equiparar à industrial nas operações de saída e destacar o IPI em suas notas fiscais. Parece-me ser este o caso do contribuinte, já que este deu saída a vários de seus produtos com o destaque do IPI (fato comprovado nos autos). O que se discute é se nesta equiparação à industrial, pode-se dar saídas tributadas e não tributadas pelo imposto.

Claro que uma empresa pode ter atividades mistas e, para umas operações ser industrial e outras comercial, destacando o IPI somente nas atividades em que existir a industrialização. Mas aqui, o caso é outro. A empresa não é mista, ou seja, não é industrial e comercial. Como já dito anteriormente, o contrato social do contribuinte prevê seu objeto como sendo “comercial atacadista”. Estamos falando de equiparação industrial por opção, ou seja, a empresa comercial atacadista se equipara a industrial nas suas operações de vendas, todas elas, pois não pode haver a opção parcial, ou seja, somente para algumas operações de vendas, ou para operações com algumas empresas clientes e outras não.

Assim, dada a equiparação a industrial, todas as saídas da empresa comercial atacadistas devem ser tributadas pelo IPI.

Conforme se observa, a decisão de primeira instância entendeu que o contribuinte, ao destacar IPI em algumas saídas, havia optado pela equiparação a industrial. Concluiu-se ainda que com a equiparação a industrial, ainda que por opção, todas as saídas de produtos do estabelecimento do autuado estariam sujeitas à incidência de IPI.

Discordo de tal entendimento.

Veja-se o que dispõe a legislação a respeito do tema, em especial o Regulamento do IPI vigente durante os períodos de apuração objeto da exigência (Decreto nº 4.544, de 2002 – RIPI/2002):

Art. 11. Equiparam-se a estabelecimento industrial, por opção (Lei nº 4.502, de 1964, art. 4º, inciso IV, e Decreto-lei nº 34, de 1966, art. 2º, alteração 1º):

I - os estabelecimentos comerciais que derem saída a bens de produção, para estabelecimentos industriais ou revendedores; e

[...]

Opção e Desistência

Art. 12. O exercício da opção de que trata o art. 11 será formalizado mediante alteração dos dados cadastrais do estabelecimento, no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ, para sua inclusão como contribuinte do imposto.

Parágrafo único. A desistência da condição de contribuinte do imposto será formalizada, também, mediante alteração dos dados cadastrais, conforme definido no caput deste artigo.

Art. 13. Aos estabelecimentos optantes cumprirá, ainda, observar as seguintes normas:

I - ao formalizar a sua opção, o interessado deverá relacionar, no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrência - modelo 6, os produtos que possuía no dia imediatamente anterior àquele em que iniciar o regime de tributação ou anexar ao mesmo relação dos referidos produtos;

II - o optante poderá creditar-se, no livro Registro de Apuração do IPI, pelo imposto constante da relação mencionada no inciso I, desde que, nesta, os produtos sejam discriminados pela classificação fiscal, seguidas dos respectivos valores;

III - formalizada a opção, o optante agirá como contribuinte do imposto, obrigando-se ao cumprimento das normas legais e regulamentares correspondentes, até a formalização da desistência; e

IV - a partir da data de desistência, perderá o seu autor a condição de contribuinte, mas não ficará desonerado das obrigações tributárias decorrentes dos atos que haja praticado naquela qualidade.

Conforme se observa, os estabelecimentos comerciais que derem saída a bens de produção para estabelecimentos industriais ou revendedores, podem, por opção, se equiparar a estabelecimento industrial.

O conceito de bens de produção encontra-se disciplinado no art. 519 do RIPI/2002:

- a) as matérias-primas;
- b) os produtos intermediários, inclusive os que, embora não integrando o produto final, sejam consumidos ou utilizados no processo industrial;
- c) os produtos destinados a embalagem e acondicionamento;
- d) as ferramentas, empregadas no processo industrial, exceto as manuais; e
- e) as máquinas, instrumentos, aparelhos e equipamentos, inclusive suas peças, partes e outros componentes, que se destinem a emprego no processo industrial.

Por meio do Parecer Normativo nº 6/79, a Receita Federal esclareceu que são produtos intermediários as ferramentas manuais e as intermutáveis, bem assim quaisquer outros

bens que não sendo partes nem peças de máquinas, sofram alterações, tais como o desgaste, o dano ou a perda de propriedades físicas ou químicas, em função de ação diretamente exercida sobre o produto em fabricação ou proveniente de ação exercida diretamente pelo bem em industrialização, sendo, portanto, consumidas no processo industrial, ainda que, ao final, apresentem partes residuais.

É importante ressaltar, contudo, que a opção da pessoa jurídica por se tornar um estabelecimento industrial, por equiparação, não se dá de forma tácita, pelo contrário, há de se formalizar a opção mediante alteração cadastral, nos termos do art. 12 do RIPI/2002, e somente a partir de então tal estabelecimento passará a ser contribuinte do IPI.

A própria Receita Federal reconhece ser esse o procedimento:

A opção de equiparação a industrial pode ser formalizada a qualquer tempo pelo interessado, através de alteração dos dados cadastrais junto ao CNPJ.

Tal alteração, à luz da legislação específica, só pode ser realizada através de apresentação de documento por meio magnético.” (Solução de Consulta nº 16/2001 da 7ª RF).

ESTABELECIMENTO EQUIPARADO A INDUSTRIAL POR OPÇÃO.

Equiparam-se a estabelecimento industrial por opção os estabelecimentos comerciais que derem saída a bens de produção para estabelecimentos industriais ou revendedores. Tal equiparação resulta na tributação de todos os bens de produção saídos do estabelecimento optante.

O exercício da opção será formalizado mediante alteração dos dados cadastrais do estabelecimento, no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ, para sua inclusão como contribuinte do imposto. (Solução de Consulta nº 322/2010 da 8ª RF)

Compulsando os autos, constata-se que tal opção inexiste. É incontroverso também que a pessoa jurídica autuada era uma empresa “comercial atacadista”. Portanto, em que pese haver destaque de IPI em algumas notas fiscais obtidas pelo Fisco, não sendo contribuinte do IPI, não há que se falar em débito do imposto. O IPI destacado em tal nota fiscal não o transforma automaticamente em contribuinte do IPI, dando ensejo, isso à restituição dos valores pagos, desde que ultrapassados os óbices impostos pelo art. 166 do Código Tributário Nacional.

Nesse cenário, a ausência de qualquer modalidade de industrialização praticada pela autuada, e a inexistência de opção do contribuinte para ser considerado estabelecimento industrial, já se pode afirmar que a exigência deve ser cancelada integralmente.

Mas há outros pontos que reforçam a inviabilidade de manutenção da exigência.

Ao contrário do que afirmado pela decisão de primeira instância, ainda que houvesse sido formalizada a opção por estabelecimento industrial, por equiparação, não são todas as saídas do estabelecimento que estariam sujeitas a incidência de IPI: somente nas saídas de bens de produção e que fossem encaminhadas para estabelecimentos industriais ou revendedores estariam sujeitas ao destaque do imposto. Se os produtos não se referissem a bens

de produção, ou se os destinatários não fossem estabelecimentos industriais ou revendedores, não haveria que se falar em débito de imposto.

A esse respeito, assim discorre Raymundo Clovis do Valle Cabral¹:

A equiparação resulta na tributação de todos os bens de produção saídos do estabelecimento optante. Não tem cabimento, portanto, o procedimento consistente em destacar o imposto sobre determinados produtos e não destacar sobre outros, desde que conceituados como bens de produção e saídos para revendedores ou industriais (PN nº 98/75 e ADN nº 16/75).

Uma vez adotada a opção, e enquanto prevalecer esta, agirá o optante como contribuinte do imposto relativamente aos bens de produção que saírem de seu estabelecimento e que sejam destinados a industriais e revendedores. As hipóteses previstas no dispositivo em questão têm de ocorrer cumulativamente: saída de bens de produção e que esses bens se destinem a industriais, para emprego no processo industrial, ou a comerciantes (atacadistas ou varejistas), para revenda. [grifos nossos]

A Solução de Consulta nº 322/2010 reproduzida alhures também confirma tal exegese.

Desse modo, é assente na legislação vigente que não se pode falar em lançamento do IPI quando da saída de bens de produção para estabelecimentos (ou pessoas) diferentes das referidas (industriais ou revendedores).

Aliás, o Regulamento do IPI é claro que, embora o estabelecimento equiparado a industrial por opção possa se creditar de IPI em suas aquisições de bens de produção, deverá estornar tais créditos quando venderem seus bens de produção a pessoas que não sejam industriais ou revendedores. Veja-se o disposto nos arts. 164 e 193 do RIR/2010:

Dos Créditos Básicos

Art. 164. Os estabelecimentos industriais, e os que lhes são equiparados, poderão creditar-se (Lei nº 4.502, de 1964, art. 25):

VII - do imposto relativo a bens de produção recebidos por comerciantes equiparados a industrial;

VIII - do imposto relativo aos produtos recebidos pelos estabelecimentos equiparados a industrial que, na saída destes, estejam sujeitos ao imposto, nos demais casos não compreendidos nos incisos V a VII;

[...]

Estorno de Créditos

Art. 193. Será anulado, mediante estorno na escrita fiscal, o crédito do imposto (Lei nº 4.502, de 1964, art. 25, § 3º, Decreto-lei nº 34, de 1966, art. 2º, alteração 8º, Lei nº 7.798, de 1989, art. 12, e Lei nº 9.779, de 1999, art. 11):

[...]

II - relativo a bens de produção que os comerciantes, equiparados a industrial:

¹ MASCARENHAS, Raymundo Clovis do Valle Cabral. Tudo sobre IPI. Imposto Sobre Produtos Industrializados. São Paulo: Aduaneiras, 2008. 6. ed. p. 61.

*a) venderem a pessoas que não sejam industriais ou revendedores:
[...]*

E tal estorno de crédito se dá justamente por não haver incidência de IPI nessa hipótese.

Portanto, não há como se querer tributar todas as saídas ou receitas auferidas pela pessoa jurídica autuada.

Observa-se que a exigência imputou IPI à omissão de receitas a que se refere o processo principal de IRPJ e a todas as notas fiscais de saída que a Fiscalização recuperou em seu procedimento de circularização, o que se mostra absolutamente equivocado tanto pela ausência de opção do contribuinte a estabelecimento industrial por equiparação, tanto por extrapolar a incidência de IPI a todas as receitas auferidas e produtos vendidos pelo sujeito passivo, e independentemente de os destinatários dos produtos serem estabelecimentos industriais ou revendedores.

Além disso, tratando-se de tributo não cumulativo, e tendo a própria Fiscalização obtido inúmeras notas fiscais de aquisições realizadas pelo sujeito passivo, se ainda fosse possível a realização do lançamento, era sua obrigação reconstituir a escrita fiscal do contribuinte, imputando-lhe os créditos de IPI que faria jus em relação a tais aquisições de bens de produção ou produtos que estivessem sujeitos à incidência de IPI na saída.

Por todas essas razões, hão de ser providos integralmente os recursos voluntários em razão da insubsistência da exigência. E, em razão de tal provimento, a apreciação do recurso de ofício resta prejudicada.

Deixo claro que a presente exoneração não possui qualquer correspondência com os lançamentos de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins, uma vez que as inconsistências detectadas no presente processo dizem respeito exclusivamente à legislação do IPI.

Obviamente, se estivessem presentes todos os elementos necessários para manutenção do lançamento de IPI, assim encaminharia meu voto, no sentido de manter absolutamente o mesmo entendimento firmado no acórdão 1302-001.921, inclusive no tocante à responsabilidade atribuída aos coobrigados.

3 CONCLUSÃO

Isso posto, voto por considerar prejudicado o exame do recurso de ofício e dar provimento aos recursos voluntários.

(assinado digitalmente)
Fernando Brasil de Oliveira Pinto