



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

Processo n° 19515.722312/2011-67
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3403-003.152 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de agosto de 2014
Matéria IPI
Recorrente NOVENTA E NOVE COMÉRCIO DE MÓVEIS, OBJETOS DE DECORAÇÃO E PRESENTES LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI

Período de apuração: 31/01/2006 a 31/10/2007

ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO.

A omissão do contribuinte em apresentar os livros e notas fiscais de saída da matriz e da filial impossibilita a fiscalização de determinar qual foi o estabelecimento responsável pelas saídas, legitimando o arbitramento de todas as saídas no estabelecimento matriz.

PROVA EMPRESTADA.

No processo administrativo fiscal os fatos podem ser provados por todos os meios admitidos em direito, inexistindo vedação legal ao uso da prova emprestada.

DECADÊNCIA.

Inexistindo o pagamento o pagamento antecipado do tributo a que alude o art. 150, § 1º do CTN, o prazo de decadência do direito fisco efetuar o lançamento deve ser contado pela regra do art. 173, I, CTN.

EQUIPARAÇÃO A ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL.

Equipara-se a estabelecimento industrial o importador que dá saída aos produtos importados.

ARBITRAMENTO.

A recusa do contribuinte em fornecer os livros fiscais de saída e as notas fiscais de saída legitima o arbitramento efetuado pelo fisco.

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO.

A interposição fraudulenta comprovada nos processos aduaneiros, rende ensejo à qualificação da multa de ofício relativa ao IPI não lançado na condição de equiparado a industrial.

MULTA DE OFÍCIO. BASE DE INCIDÊNCIA.

Verificada a falta de destaque do IPI nas notas fiscais, o percentual de 150% incide sobre o valor do IPI não destacado em nota fiscal.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso. Sustentou pela recorrente o Dr. Achilles Augustus Cavallo, OAB/S 98.953.

Antonio Carlos Atulim – Presidente e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Atulim, Alexandre Kern, Domingos de Sá Filho, Rosaldo Trevisan, Luiz Rogério Sawaya Batista e Ivan Allegretti.

Relatório

Trata-se de auto de infração com ciência pessoal do contribuinte em **26/12/2011**, lavrado para exigir o IPI não lançado, não declarado e não recolhido em relação aos fatos geradores ocorridos no período compreendido entre **janeiro de 2006 e outubro de 2007**.

Segundo o termo de verificação fiscal de fls. 3824/3966, o contribuinte já havia sido autuado anteriormente pela DIANA/SRRF⁸RF em razão da prática de subfaturamento nas importações e de ocultação da sua condição de real importador por meio da utilização de interpostas pessoas. Em decorrência dessas autuações (processos nº 12782.000031/2010-70, 12782.00032/2010-14, 12782.000033/2010-69 e 12782.00034/2010-11), a NOVENTA E NOVE, na condição de real importadora, foi equiparada a estabelecimento industrial (art. 9º, I do RIPI/2002), por ter dado saída aos produtos de sua importação. Tendo em vista as reiteradas negativas do contribuinte em fornecer documentos por meio dos quais fosse possível estabelecer as datas e os valores das saídas, a fiscalização arbitrou os elementos necessários à constituição do crédito tributário valendo-se de informações extraídas do livro diário e do Siscomex. Como decorrência da interposição fraudulenta, que visou entre outras coisas a chamada "quebra da cadeia do IPI", a multa de ofício foi qualificada aplicando-se o percentual de 150%.

Em sede de impugnação, o contribuinte alegou em preliminar o seguinte: 1) houve erro de identificação do sujeito passivo, porque no auto de infração foram incluídas saídas da filial em afronta ao princípio da autonomia dos estabelecimentos; 2) ocorreu a decadência do direito do fisco, pois houve pagamentos antecipados não se aplicando a regra do art. 173, I, do CTN; 3) impossibilidade de utilização da prova emprestada de outros procedimentos para fundamentar a conclusão no sentido da equiparação a estabelecimento industrial (art. 9º, I do RIPI/2002); 4) o lançamento está calcado em presunções arbitrárias, que só teriam condições de prosperar se acompanhadas de provas convergentes para a mesma conclusão; 5) a multa isolada aplicada com base nos arts. 477, 488, I e II do RIPI/2002 e arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64 não tem qualquer vínculo com o imposto. Esses dispositivos legais não impõem às operações a aplicação de multa independente do valor do imposto e não passível de redução. No mérito, alegou em síntese o seguinte: 1) não existe previsão legal para

tributar com o IPI os revendedores varejistas; 2) o fisco não produziu prova cabal e específica para demonstrar que a impugnante foi a real importadora nas DI que não foram objeto dos autos de infração lavrados pela DIANA. Não há nada nos autos que comprove que as DI não relacionadas nos autos de infração da DIANA foram realizadas com interposição fraudulenta; 3) o arbitramento do valor tributável foi abusivo e não respeitou as regras da razoabilidade e do bom-senso, reportando-se aos critérios da legislação do ICMS paulista; 4) é impossível generalizar a margem de lucro, pois é possível individualizar a margem de revenda de cada produto; 5) o "giro médio de estoque" foi arbitrado pelo fisco sem qualquer embasamento empírico ou legal, querendo fazer crer que o produto ficou em estoque por 267 dias no ano de 2005 e 336 dias no ano de 2006; 6) nos lançamentos em que houve autuação da DIANA o fisco só considerou o IPI apurado no processo fiscal, deixando de considerar o IPI pago na nacionalização; 7) o fisco aplicou a multa de 150% considerando que houve simulação, contudo as investigações policiais não se comunicam ou interferem nas operações indicadas no auto de infração, as quais não fazem referência à importação, mas sim à revenda no mercado interno; 8) o dolo foi caracterizado por presunção e não por prova; 9) a multa punitiva deve incidir proporcionalmente ao imposto não recolhido e não sobre o valor que deveria ser destacado na nota fiscal; 10) requereu sustentação oral, a juntada posterior de documentos, a realização de perícia e que as intimações fossem endereçadas diretamente ao patrono da causa.

Por meio do Acórdão 38.462, de 28 de agosto de 2012, a 8ª Turma da DRJ - Ribeirão Preto julgou a impugnação improcedente. A DRJ indeferiu de forma motivada os pedidos de perícia, sustentação oral e de juntada de novas provas. Foi decidido que a comunicação dos atos processuais deve ocorrer no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo. Foram rejeitadas todas as preliminares. No que tange ao erro na sujeição passiva, entendeu a DRJ que em virtude da recusa do contribuinte em oferecer documentos por meio dos quais se pudesse aferir as saídas, não restou outra alternativa ao fisco que não o arbitramento das saídas no estabelecimento matriz. Foi rejeitada a alegação de ilicitude da prova, sob o argumento de que o acesso a elas foi autorizado pelo Poder Judiciário e, após a autuação aduaneira, foram efetuadas as autuações relativas às operações no mercado interno. A infração "interposição fraudulenta" ou "ocultação do real importador" foi provada nos quatro processos que albergam os autos de infração da DIANA, os quais a empresa optou por não questionar, uma vez que consta o parcelamento administrativo. Não existe nenhum impedimento legal à utilização da prova emprestada de outro processo, quando o contraditório é oferecido no processo para o qual a prova é transportada. Foi decidido que não houve nulidade em razão da autuação estar baseada em presunções e indícios, pois a prova indireta é um meio de prova legítimo, cuja utilização não é vedada pelo processo administrativo fiscal. Relativamente à decadência, ficou decidido que deve ser aplicado o art. 173, I do CTN em razão de não ter ocorrido pagamento antecipado e de ter ocorrido fraude fiscal. Quanto à equiparação a estabelecimento industrial, a DRJ considerou que o conjunto probatório carreado aos autos permite concluir que houve simulação e que a autuada é estabelecimento equiparado a industrial não só em relação às mercadorias importadas por meio das DI que deram lastro aos autos de infração da DIANA, mas também em relação às demais DI autuadas neste processo, uma vez que as mercadorias importadas tinham como destino certo a empresa NOVENTA E NOVE, ora autuada. No que concerne ao arbitramento, a DRJ considerou que o fisco esgotou todas as tentativas de obter os documentos necessários à aferição das datas e dos valores das saídas. Como a inércia do contribuinte não pode obstar a fiscalização, foram utilizados os recursos legais previstos no art. 138 do RIPI/2002. Os cálculos do arbitramento tiveram por base o livro diário da empresa e as informações extraídas do Siscomex. Sendo assim, não foi cometida nenhuma arbitrariedade ou ilegalidade no arbitramento. Quanto ao fato de nos lançamentos em que houve autuação da DIANA o fisco só ter considerado o IPI apurado no

processo fiscal, deixando de considerar o IPI pago na nacionalização, a DRJ entendeu que o valor pago na nacionalização já havia sido utilizado para abater o IPI das importadoras interpostas e não podem ser utilizados novamente neste processo. No que concerne à multa de ofício, as alegações do contribuinte foram rejeitadas. A DRJ considerou que a multa foi cobrada em razão da falta de destaque do IPI nas notas fiscais e que o percentual de 150% está correto, em razão da simulação perpetrada pela NOVENTA E NOVE, que resultou na ocultação da sua situação de contribuinte equiparado a estabelecimento industrial.

Regularmente notificado do acórdão de primeira instância em 17/10/2012, o contribuinte apresentou recurso voluntário em 08/11/2012 alegando em preliminar o seguinte:

1) O acórdão de primeira instância contém raciocínio absurdo, pois não se pode arbitrar a figura do contribuinte. As DI mencionadas na impugnação foram registradas pela filial, ou seja, o sujeito passivo está devidamente identificado e a fiscalização não pode "arbitrar" a figura do contribuinte, sob pena de violar a autonomia dos estabelecimentos;

2) Não se pode utilizar a regra do art. 173, I, do CTN na contagem da decadência, pois o próprio fiscal em várias partes do auto de infração declarou que houve pagamentos antecipados, como na planilha V, coluna "H", bem como nas planilhas I e IV. Além disso, não há como sustentar que houve ilícito fiscal quanto ao pagamento do IPI, pois sua operação de venda a varejo não foi objeto de nenhum questionamento policial. Ainda que se queira estender ao caso a pseudo ilicitude fraudulenta declarada nas autuações da DIANA, toda base investigatória daquele processo foi anulada por decisão do STJ no *Habeas Corpus* 142.045, o que se aplica para os documentos de fls. 402 a 631;

3) A decisão do STJ no referido processo de *Habeas Corpus* concluiu que todas as provas colhidas no curso das operações "Porto Europa" e "Dilúvio" são ilegais e, conseqüentemente, gerou a extinção do processo criminal respectivo, em trâmite na 6ª Vara Criminal Federal de São Paulo (proc. nº 0009015-40.2009.4.03.6181);

4) A fiscalização se valeu apenas da prova emprestada de outros processos administrativos para afirmar a condição da recorrente de equiparado a industrial, o que caracteriza a falta de aprofundamento da investigação. O Conselho de Contribuintes já condenou o uso da prova emprestada nos acórdãos 105-13.076, 301-28.044, 301-28.378, 301-27.482 entre outros;

5) o auto de infração deve ser anulado sem exame do seu mérito, pois está calcado em meras presunções e indícios. A própria afirmação contida no acórdão recorrido, no sentido de que no presente processo "...não existe ou é deficiente a prova direta pré-constituída..." já deixa claro que as conclusões que sustentam a autuação não estão calcadas em provas;

6) o agente fiscal fez pelo menos três presunções indevidas quanto às operações do contribuinte, a saber: (a) que é equiparado a industrial, em especial quanto às DI que não foram objeto de autuação pela DIANA; (b) que seu giro de estoque é de 270 dias para o ano de 2005 e de 336 dias para o ano de 2006; e (c) que sua margem de agregação é de 538%. Tais presunções se basearam em critérios não empíricos criados pelo fiscal em trabalho totalmente desprovido de rigor técnico, o que caracteriza arbitrariedade da fiscalização tornando nulo seu trabalho;

7) no que tange à multa isolada, o acórdão recorrido reconheceu que houve erro da fiscalização ao fixar a "multa isolada qualificada", mas em vez de anular o auto de infração, pretendeu o julgador retificá-lo, de sorte a dar nova capitulação para a multa,

passando a chamá-la de "multa de ofício qualificada". A DRJ não pode dar nova capitulação e nem retificar o auto de infração, pois o julgador não pode atuar como agente fiscal. A fiscalização aplicou uma multa não vinculada ao imposto e não passível de redução, conforme se depreende do "Demonstrativo Consolidado do Crédito Tributário do Processo" (linha "multa/juros diversos interdependentes), bem como da última folha do "Demonstrativo de Multa e Juros de Mora", onde o lançamento é indicado sob asterisco, e com a menção de se tratar de multa não passível de redução. Nenhum dos artigos capitulados para a multa prescrevem uma multa independente do valor do imposto e não passível de redução;

No mérito, alegou o seguinte:

1) A recorrente não é contribuinte do IPI nem por equiparação, pois sua atividade é a revenda de mercadorias no varejo. Essas mercadorias são adquiridas de fornecedores nacionais. O acórdão recorrido criou uma falsa premissa no sentido de que toda e qualquer operação que envolva as empresas internacionais All Trade e Eurosete, bem como as tradings By Brasil, J. A. Brazil, Vila Porto e Socinter indicam fraude fiscal e colocam a ora recorrente como importadora de fato. Entretanto, a fiscalização não produziu nenhuma prova no sentido de que as DI não listadas nos autos de infração da DIANA são decorrentes de operações com interposição fraudulenta.

2) As DI que não integraram os autos de infração da DIANA não foram objeto de nenhum tipo de simulação, ocultação ou qualquer outro ilícito, pois se assim não fosse, a fiscalização aduaneira as teria incluído naqueles autos de infração. Se não integraram aquelas autuações é porque essas DI não estão maculadas por qualquer ilegalidade, em especial a ocultação do real importador. Em consequência, não há como equiparar a NOVENTA E NOVE a estabelecimento industrial em relação à revenda dos produtos importados por meio dessas DI;

3) Relativamente ao arbitramento, alegou que ao contrário do que asseverou o acórdão recorrido, atacou efusivamente os cálculos elaborados pela fiscalização. A margem de lucro de 538% é abusiva e arbitrária. Foi arbitrada com base em informações do livro diário de 2006 a partir do confronto entre "receita líquida inclusive impostos" com o "custo das mercadorias revendidas". A empresa possui escrita fiscal regular o que torna desnecessário o arbitramento. Em resposta à intimação fiscal de fls. 129/130, foram entregues à fiscalização um sem número de documentos, que indicavam o efetivo valor das vendas dos produtos, como as notas fiscais de venda de fls. 299/329. Ainda que se considere necessário o arbitramento, a margem de lucro não poderia ter sido generalizada, pois é possível identificar a margem de revenda de cada produto (confronto entre as fichas 24 e 26 das DIRPJ). A margem de lucro arbitrada é extremamente elevada e não guarda proporção com a margem real dos produtos, invocando as margens de valor agregado fixadas pelo fisco paulista por meio da Portaria CAT 153/2009 para fins de instituição do ICMS substituição tributária;

4) o critério do arbitramento do giro de estoque só foi criado pelo fiscal para postergar o termo inicial do prazo de decadência. Em relação ao momento da ocorrência do fato gerador e competência do imposto, é certo que deveria ocorrer na data da nacionalização, em especial porque a recorrente é empresa de varejo e tem a possibilidade de antecipar o oferecimento da tributação para momento anterior à venda;

5) O acórdão recorrido foi totalmente omissivo quanto à aplicação da interpretação mais benéfica. O arbitramento do lucro e do giro das vendas foi fixado em total detrimento da recorrente. Ou seja, desconsiderou a base real das vendas apurada pela DIRPJ;

não considerou a peculiaridade de cada produto; usou parâmetros diversos de comparação e distorceu o momento do fato gerador, postergando-o para o pseudo momento da venda. A fiscalização fez as presunções fiscais mais danosas à recorrente, desprezando o princípio do "in dubio pro contribuinte" previsto no art. 112 do CTN;

6) Ocorreu violação do princípio da não-cumulatividade na apuração dos créditos. Nos lançamentos onde houve a autuação da DIANA (fls. 320/400), a fiscalização só considerou o IPI apurado no processo fiscal, deixando de considerar o IPI pago na nacionalização (planilha 1, colunas "Base de Cálculo IPI vinculado DI" e "Base de Cálculo IPI vinculado DIANA"). Ou seja, para esses casos (onde houve autuação da DIANA), a fiscalização desprezou o IPI pago no desembaraço, só considerando a diferença do IPI cobrado nos autos de infração lavrados pela DIANA. Para os casos onde não houve autuação da DIANA, a fiscalização concedeu o crédito de IPI pago no desembaraço aduaneiro;

7) A fiscalização citou a existência das operações policiais "Dilúvio" e "Porto Europa" para investigar a criação de "estrutura de interposição fraudulenta". Em razão desse trabalho policial, o fisco quer fazer crer que as operações entre a recorrente e a empresa VITI, objeto deste processo, se enquadram no conceito de ilícito fiscal punível com a multa de 150%. Entretanto as operações objeto de autuação neste processo nada têm a ver com as importações objeto da investigação policial. A revenda de mercadorias a varejo praticada pela recorrente não foi alvo de nenhuma investigação policial, devendo ser afastado o agravamento da multa. Conforme já dito, o STJ anulou todas as provas colhidas na fase policial e anulou toda e qualquer conclusão de ilícito criminal. Assim, por decorrência, as provas criminais acostadas neste processo às fls. 402 a 631; fls. 911 e seguintes e 966 a 986 são nulas e devem ser desconsideradas. Ainda que assim não fosse, a multa agravada não pode ser mantida porque não houve comprovação da ocorrência de uma das condutas previstas nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64;

8) Houve erro na base de cálculo da multa. A fiscalização aplicou a multa de 150% sobre o valor do IPI apurado antes da dedução dos créditos. Ou seja, a multa não incidiu sobre o valor do imposto devido a cada mês, mas sim sobre um valor totalmente estranho e não vinculado ao valor do imposto. A multa deve recair sobre o valor do imposto devido e não outro valor qualquer, como quis fazer crer a fiscalização no item 88 do termo de constatação. Nem se alegue que o art. 488 do RIPI/2002 estabelece que a multa deve incidir sobre o valor do imposto não destacado, pois esta interpretação viola o art. 112 do CTN;

9) Requereu o acolhimento de suas razões para o fim de que o auto de infração seja julgado improcedente, o deferimento de sustentação oral e que as intimações sejam endereçadas ao escritório do patrono da causa.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antonio Carlos Atulim, relator.

O recurso preenche os requisitos formais de admissibilidade e, portanto, dele se toma conhecimento.

Relativamente ao requerimento de sustentação oral, é desnecessário o pedido por escrito no corpo do recurso, pois a teor do art. 55 do RICARF, as datas e horários dos julgamentos são divulgados com dez dias de antecedência por meio da publicação da pauta,

bastando que o interessado se apresente no dia do julgamento e informe ao presidente do colegiado sua intenção de sustentar oralmente.

Quanto ao envio das notificações diretamente ao patrono da causa, o pleito não pode ser deferido porque o art. 23, II, § 4º, I, do Decreto nº 70.235/72 estabelece que a correspondência deve ser endereçada ao domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo.

DO ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO

O contribuinte alegou que é um absurdo arbitrar o sujeito passivo da obrigação, pois a fiscalização incluiu na autuação da matriz valores que deveriam ter sido lançados na filial, violando o princípio da autonomia dos estabelecimentos.

Conforme se verifica nos autos, o contribuinte foi intimado em 07/07/2010, 13/04/2011 e 25/05/2011 a apresentar notas fiscais e livros fiscais e contábeis, bem como demonstrativo de vendas de material importado, acompanhado das respectivas notas fiscais (fl. 3826).

Em resposta, o contribuinte alegou a impossibilidade de atender ao solicitado pela fiscalização, em razão da apreensão dos documentos por meio do Auto Circunstanciado de Busca e Apreensão - Autos 2009.61.81.007975-0.

Entretanto, examinando-se o referido auto de apreensão, constata-se que naquela oportunidade a polícia não apreendeu nenhum livro fiscal e nenhuma nota fiscal. A fim afastar qualquer dúvida a respeito, a fiscalização diligenciou junto ao Poder Judiciário para verificar a existência de documentos fiscais apreendidos, conforme se verifica no seguinte excerto do termo de constatação, *in verbis*:

22. Face as constantes alegações do contribuinte, em respostas ao termos de Intimações desta Fiscalização, de que "não teria elementos para atendimento das intimações, tendo em vista a apreensão dos computadores e bases eletrônicas do sistema de processamento de dados, bem como de diversos documentos escritos que não foram listados individualizadamente", a nosso pedido, foi encaminhado o Ofício nº. 290/2011 de 25/07/2011, do Delegado da DEFIS/SPO ao Juízo da 6ª. Vara Criminal Federal de São Paulo, solicitando o acesso ao material apreendido na Operação Porto Europa, aos Auditores Fiscais responsáveis por procedimentos fiscais nas empresas do grupo TB Home;

23. O acesso ao material apreendido foi liberado através do Ofício 1711/2011 de 22/09/2011 da 6ª. Vara Federal, e em 08/11/2011 três Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil (AFRFBs), Dalmo Restum de Macedo Rocha, Matrícula 00880854, Jackson Essoudry, Matrícula 017.660 e esta Auditora, comparecemos ao Depósito da Justiça Federal de São Paulo, onde constatou-se que apenas parte do material apreendido encontrava-se naquele depósito, tendo sido liberado o acesso apenas aos materiais constantes do Ofício 3.599/2010 da Polícia Federal, não constando nesta relação, os computadores e outras mídia listados no Auto de Busca e Apreensão nº. 2009.61.81.007975-0;

24. *Verificados todos os documentos apreendidos que não haviam sido listados individualizadamente, constantes da relação do ofício da Polícia Federal, não encontrando-se qualquer livro contábil ou fiscal, ou qualquer outro documento que fizesse menção a venda de mercadorias importadas;*

25. *Em prosseguimento aos trabalhos de diligência, em 11/11/11, listamos, através de Termo de Intimação, as DIs que foram desembaraçadas no ano de 2006, e as Notas Fiscais de Saída das interpostas pessoas VILA PORTO, PORTO DELIVERY E SOCINTER, que foram registradas no Livro Registro de Entradas da matriz da NOVENTA E NOVE, determinando a apresentação das notas fiscais de saída dessas mercadorias ou na impossibilidade, a apresentação de planilhas onde constasse o valor e a data de saída dos produtos;*

26. *Em resposta de 22/11/11, mais uma vez o contribuinte alegou falta de elementos para atendimento da intimação, tendo em vista apreensão, esclarecendo, ainda, que já havia informado desta impossibilidade em resposta ao item 6º. do Termo de Intimação de 13/04/11;(...)"*

Conforme se verifica nos itens 80 a 82 do termo de constatação fiscal (fls. 3840/3841), com base nos poucos documentos obtidos junto à empresa, a fiscalização constatou que existiam notas fiscais de entrada endereçadas à matriz que foram contabilizadas nos livros da filial e notas fiscais de entrada endereçadas à filial que foram contabilizadas no livro de registro de entradas da matriz.

Embora tenha sido intimado por diversas vezes a apresentar os livros registros de saída e as notas fiscais de saída, o contribuinte manteve-se inerte, alegando que tais documentos haviam sido apreendidos, o que de fato não ocorreu como visto acima.

Sendo assim, em decorrência da falta de colaboração do contribuinte em franquear à fiscalização a documentação hábil à identificação do sujeito passivo, bem como à comprovação da data do fato gerador e de sua expressão econômica, não restou outra alternativa ao fisco que não considerar todas as saídas ocorridas no estabelecimento matriz.

A defesa enumerou DIs cujas mercadorias foram endereçadas à filial e pleiteou a exclusão desses valores do auto de infração. O pleito não pode ser atendido, pois como se viu acima, nada garante que as mercadorias endereçadas à filial, realmente ingressaram na filial e dela saíram. A prova desse fato poderia ter sido feita por meio da apresentação dos livros registro de saídas da matriz e da filial, bem como das respectivas notas fiscais de saída. Tais documentos não foram apreendidos pela polícia e não foram entregues pela recorrente à fiscalização.

Sendo assim, rejeita-se a preliminar de erro na identificação do sujeito passivo.

DA DECADÊNCIA

Insurgiu-se a defesa contra o critério adotado pela decisão recorrida na contagem do prazo de decadência. Segundo o ilustre patrono, seria equivocada a premissa adotada, no sentido de que não houve pagamento antecipado, pois nas planilhas I (fls. 3847 e ss.); IV (fls. 3855) e V (fl. 3861 e ss.), a própria fiscalização indicou a existência de pagamentos.

Verificando-se as planilhas citadas pela defesa, constata-se que os valores citados no recurso se referem ao IPI vinculado à importação, que não foi pago pela recorrente, mas sim pelas interpostas pessoas.

O fato de a fiscalização ter concedido o IPI vinculado a título de crédito para abatimento no auto de infração, não caracteriza o pagamento antecipado a que alude o art. 150, § 1º, do CTN. O IPI pago no desembaraço não se confunde com o IPI que deveria ter sido pago na operação em que o contribuinte é equiparado.

No caso concreto, está correto o acórdão de primeira instância, pois o contribuinte nunca efetuou nenhum pagamento de IPI, já que ele mesma não se considera contribuinte nem por equiparação, conforme alegou em recurso.

Portanto, inexistindo pagamento antecipado do IPI, nos moldes estabelecidos pelo art. 150, § 1º do CTN (a recorrente não se considera contribuinte nem por equiparação), a regra de contagem do prazo de decadência se desloca para o art. 173, I, do CTN.

Rejeitada a preliminar de decadência.

DA UTILIZAÇÃO DA PROVA EMPRESTADA

Insurgiu-se a defesa contra a utilização do acervo probatório colhido nos processos nº 12782.000031/2010-70, 12782.00032/2010-14, 12782.000033/2010-69 e 12782.00034/2010-11, nos quais restaram comprovadas a prática de subfaturamento das importações e a interposição fraudulenta, com a conseqüente ocultação da NOVENTA E NOVE da condição de importadora das mercadorias.

O art. 24 do Decreto nº 7.574/2011 estabelece que são admissíveis no processo administrativo fiscal todos os meios de prova admitidos em direito (art. 332 do CPC).

Sendo assim, não existe nenhuma vedação legal à utilização da prova emprestada, principalmente quando é assegurado o contraditório no processo para o qual as provas são transportadas, como efetivamente ocorreu neste caso concreto.

No que concerne à decisão em Habeas Corpus, que teria considerado ilegais as provas coligidas nas operações policiais, ela não tem nenhuma influência sobre este processo administrativo, pois o Habeas Corpus apenas livrou do processo penal as pessoas físicas acusadas dos crimes de descaminho, formação de quadrilha ou bando, crimes contra o sistema financeiro e etc. A pessoa jurídica Noventa e Nove não é beneficiada e nem prejudicada por esse Habeas Corpus, mesmo porque o processo administrativo fiscal é totalmente independente da instância penal.

Por outro lado, é necessário acrescentar que as provas coligidas neste processo nada têm a ver com a ilegalidade das escutas telefônicas nas operações policiais e que acabaram por fundamentar a concessão daquela ordem de Habeas Corpus. Realmente, escutas telefônicas prestam-se exclusivamente à instrução processual penal e no caso concreto as provas consistem basicamente em documentos, inclusive extratos bancários obtidos pelo Ministério Público no exterior e depoimentos pessoais, que nada têm a ver com as escutas telefônicas consideradas ilegais.

Portanto, rejeita-se esta preliminar.

NULIDADE DECORRENTE DO USO DE PRESUNÇÕES E INDÍCIOS

A defesa alegou a nulidade do auto de infração por estar calcado em presunções e indícios e que uma afirmação contida no acórdão de primeira instância confirmaria a inexistência de provas concretas a dar sustentáculo à autuação.

A preliminar deve ser rejeitada de plano porque as provas existentes neste processo são as mesmas existentes nos quatro processos que albergam os autos de infração da DIANA, os quais a recorrente decidiu parcelar, conforme se pode comprovar nas fls. 330/3823.

A defesa afirmou que a inexistência de provas teria sido reconhecida pelo próprio acórdão de primeira instância. Contudo, a defesa, para justificar a alegação transcreveu a expressão "*...não existe ou é deficiente a prova direta pré-constituída.*" (fl. 4279) retirando-a do seu contexto.

Na fl. 4279 a expressão transcrita pela recorrente está inserida em considerações teóricas sobre a prova, conforme se pode constar na transcrição completa do trecho em que a expressão foi utilizada:

"(...) Se as provas diretas fornecem ao julgador a idéia objetiva do fato probando, as indiretas referem-se a outro fato que não o probando, mas que com este se relaciona, chegando-se ao conhecimento do fato por provar por meio de raciocínio e da experiência que toma por base o fato conhecido.

Feitas estas considerações, há que se concluir que, nos casos em que não existe ou é deficiente a prova direta pré-constituída, é lícito a Fiscalização investigar a verdade material recorrendo a todos os elementos de prova necessários, inclusive àqueles constituídos por provas indiretas, isto é, por fatos indiciantes, dos quais se procura extrair, com o auxílio de regras da experiência comum, da ciência ou da técnica, uma ilação quanto aos fatos indiciados. (...)"

Grifei.

Portanto, ao contrário do alegado, em momento algum o acórdão da DRJ asseverou que o auto de infração não está calcado em provas ou que estas seriam deficientes.

A defesa alegou que a fiscalização fez as seguintes presunções indevidas: (a) que o contribuinte é equiparado a industrial, em especial quanto às DI que não foram objeto de autuação pela DIANA; (b) que seu giro de estoque é de 270 dias para o ano de 2005 e de 336 dias para o ano de 2006; e (c) que sua margem de agregação é de 538%.

O que o contribuinte chama de "presunções" na verdade não são presunções. Isto porque o raciocínio por presunção se verifica quando a partir de um fato conhecido, infere-se a ocorrência de um fato desconhecido. Da existência de saldo credor caixa (fato conhecido), presume-se o suprimento de numerário não contabilizado (fato desconhecido).

No caso dos autos a equiparação do contribuinte a estabelecimento industrial está provada por provas diretas. As provas coligidas nos processos da DIANA demonstraram não só o subfaturamento e a condição de real importador do contribuinte, mas também que o contribuinte deu saída aos produtos importados. Portanto, a equiparação do art. 9º, I, do RIPI/2002 não foi presumida, mas sim comprovada.

No que tange aos giros de estoque, não se trata de presunção, mas sim de arbitramento, procedimento que tem amparo legal nos arts. 137 e 138 do RIPI/2002. A recusa do contribuinte em entregar à fiscalização os livros e notas fiscais de saída não deixou outra alternativa ao fisco que não arbitrar as datas e os valores pelos quais se deram as saídas. E isso foi feito com base nas informações retiradas dos livros diário e das declarações entregues pelo contribuinte à Receita Federal, conforme consignado na planilha II (fl. 3853).

No que concerne à margem de lucro de 538%, também não se trata de presunção, mas sim de arbitramento efetuado nos termos dos arts. 137 e 138 do RIPI/2002. O valor de 538% embora possa parecer abusivo, foi calculado a partir de dados retirados dos livros diário e do Siscomex. O cálculo está na planilha III. E a explicação para uma margem de lucro tão elevada é óbvia: **foi comprovado o subfaturamento nas importações**. A recorrente importou as mercadorias por preços irrisórios e as revendeu a preço de mercado. Tal procedimento gerou não só um lucro fantástico, mas também o processo penal para os envolvidos no subfaturamento e na ocultação do real importador.

Rejeita-se a preliminar de nulidade em razão da utilização de indícios e presunções.

NULIDADE POR TER A DRJ REQUALIFICADO A MULTA DE OFÍCIO

Não tem razão a recorrente.

No item 83 do termo de constatação a fiscalização consignou o seguinte:

"(...) 83. Conforme visto nos itens 54 a 57 acima, o inciso I do art. 488 do RIPI/2002, prevê multa de 75% do IPI que deixou de ser destacado nas Notas Fiscais de Saída;

No presente caso, analisamos as cópias das Notas Fiscais de Saída dos anos de 2006 e 2007, entregues pelo contribuinte em resposta ao Termo de Intimação de 13/04/11, e verificamos que não existe uma única Nota Fiscal com destaque do IPI;

Além disso, verificamos que no ano calendário de 2006, não foram declaradas as entradas do mercado externo na ficha 21 da DIPJ, concluindo-se, de acordo com esta informação prestada pelo próprio contribuinte, que se não houve a entrada do produto importado, não ocorreu também a sua saída, ou melhor, a saída ocorreu, mas não na condição de produto importado, portanto não houve o destaque do IPI;

Verificamos também, em pesquisa ao sistema DCTF da RFB, do período de jan/06 a dez/07, que o contribuinte não declarou débitos relativos ao IPI;

Assim, aplicamos a multa pela falta de destaque do IPI nas notas fiscais, conforme inciso I do art. 488 do RIPI/2002, porém na alíquota de 150%, conforme inciso II, por estar o sujeito passivo enquadrado nas circunstâncias qualificativas de sonegação e fraude previstas no art. 477 do RIPI/2002, e definidas nos art. 71, inciso I e 72 da lei 4.502/64;

(...)"

Por seu turno, nas fls. 4292/4293 a DRJ repetiu os dispositivos legais invocados pela fiscalização e concluiu que a multa foi corretamente aplicada sobre o valor do imposto devido. O que ocorreu é que a fiscalização utilizou impropriamente o termo "multa isolada qualificada" quando na verdade deveria ter usado o termo "multa de ofício qualificada".

Assim, o que houve foi mera correção de linguagem e não requalificação da multa. Os fatos e o enquadramento legal permaneceram os mesmos.

Com base nesses argumentos rejeito a preliminar de nulidade.

MÉRITO

DA EQUIPARAÇÃO A ESTABELECIMENTO A INDUSTRIAL

Conforme se pode comprovar nas fls. 330/3823, foi montado um esquema fraudulento de importações com o objetivo de sonegar tributos e ocultar a condição de real importador da NOVENTA E NOVE.

Segundo deflui daqueles documentos, as importações efetuadas pelas *tradings* brasileiras BY BRASIL, J.A. BRAZIL, VILA PORTO e SOCINTER foram subfaturadas e as importações consideradas como tendo sido feitas por conta e ordem da NOVENTA E NOVE.

Esse fato está comprovado pelas seguintes provas:

1) faturas comerciais e confirmações de pedidos emitidos pelos verdadeiros fornecedores estrangeiros, planilhas eletrônicas explicitando a correspondência entre as faturas dos fornecedores europeus e as faturas da EUROSETE referenciando as DI, as ordens de pedido e o valor real das mercadorias (documentos apreendidos no escritório do SR. Marcio Gonçalves em Miami, que identificam de forma direta ou indireta as empresas TB HOME e NOVENTA E NOVE);

2) documentos bancários e planilhas de controle de adiantamentos de pagamentos feitos pela NOVENTA E NOVE às *tradings* brasileiras, evidenciando que a empresa foi quem efetivamente suportou financeiramente as importações;

3) extratos bancários da empresa ALL TRADE LOGISTICS em que constam diversas transferências financeiras remetidas por Tânia Borges Bulhões (TB HOME e NOVENTA E NOVE) que representam pagamento integral das mercadorias aos efetivos fornecedores estrangeiros (valores que não foram informado à RFB);

4) e-mails e fac-similes da TB HOME discriminando as contas bancárias dos verdadeiros fornecedores do grupo e os reais valores a serem pagos pelas empresas sediadas nos Estados Unidos e dirigidas por Marcio Gonçalves;

5) notas fiscais de saída das mercadorias importadas, emitidas pelas *tradings* brasileiras BY BRASIL, J.A. BRAZIL, VILA PORTO e SOCINTER destinadas à empresa NOVENTA E NOVE LTDA;

6) declaração firmada pela Sra. Magali Bertuol, funcionária da NOVENTA E NOVE no período de 11/2002 a 04/2008 de que, como Márcio Gonçalves não mantinha quadro de funcionários, ela preenchia as invoices (faturas) da EUROSET para a BY BRASIL, com valores indicados por Márcio ou Tânia Bulhões, que utilizava uma conta de e-mail da EUROSETE para contato com os fornecedores, fazendo-se de representante desta e que o

processo de importação se iniciava com os pedidos manuscritos pelos fornecedores entregue por Tânia Bulhões, repassado para Márcio e para a By Brasil. Que as trading importadoras adquiriam produtos selecionados pela empresa e para a empresa; que os pagamentos aos fornecedores eram feitos por repasse a Márcio Gonçalves por Tânia Bulhões. Que a J.A BRAZIL realizou um processo de importação por encomenda para o grupo e que as trading importadoras BY BRASIL, VILA PORTO e SOCINTER SUL realizaram importações por encomenda e, posteriormente, por conta e ordem;

7) documentos demonstrando que os pagamentos feitos pela NOVENTA E NOVE para a BY BRASIL são efetuados em datas próximas ao registro das DI e anteriores ao desembaraço das mercadorias e suficientes para cobrir o valor face das faturas e os impostos e fretes – a antecipação está demonstrada pelas planilhas – “Relação de Notas Fiscais de Compras da empresa BY BRASIL TRADING” – “Relação de Nossos Adiantamentos a BY BRASIL – e “Demonstrativo de Pagamentos para BY BRASIL, apreendidas pela OPERAÇÃO PORTO EUROPA.;

8) baixo resultado operacional bruto das vendas de mercadorias da BY Brasil para a Noventa e Nove;

9) ausência de lucro nas operações que envolvem a Noventa e Nove e a Vila Porto e a Porto Delivery e efetivo suporte financeiro da Noventa e Nove à estas operações – transferências de recursos anterior ou bastante próximo ao registro das DI –adiantamentos de pagamentos;

10) ausência de lucro nas operações que envolvem a Noventa e Nove e a SOCINTER e efetivo suporte financeiro da Noventa e Nove à estas operações –transferências de recursos anterior ou bastante próximo ao registro das DI –adiantamentos de pagamentos.

Sendo assim, em face ter dado saída a produtos industrializados de sua importação, a NOVENTA E NOVE, apesar de se dedicar a vendas no varejo, equiparou-se a estabelecimento industrial nos termos do art. 9, I, do RIPI/2002, estando sujeita a todas as obrigações de um contribuinte do IPI em relação a essas operações.

No que concerne às DI que "não constaram dos autos de infração da DIANA", a defesa alega que não existem provas que demonstrem a interposição fraudulenta e que, portanto, a recorrente não poderia ser equiparada a estabelecimento industrial para fins de exigência do IPI.

A defesa relacionou as seguintes declarações de importação (e algumas adições) em relação às quais não teria sido comprovada a interposição fraudulenta: 05/0506037-4; 05/0534990-0; 05/0612025-7; 05/1174459-0; 05/1228449-5; 05/1420661-0; 06/0166482-6; 06/0270227-0; 06/0478451-6; 06/0601551-0; 06/0730865-0; 06/0640956-9; 06/1477787-3 e 06/1510101-6.

Pois bem. Verificando-se o Relatório Final de Procedimento Fiscal da DIANA da 8ª Região (fls. 385/386) encontra-se a seguinte narrativa da fiscalização:

"(...) Em síntese, os documentos acima mencionados [quadro 2.1] permitiram a identificação de onze importações identificadas na tabela acima, instruídas com faturas falsas, para instrumentalizar a ocultação do efetivo

adquirente nacional e fornecedor estrangeiro das mercadorias e o subfaturamento do valor das mercadorias, (...)"

Os documentos apresentados pela NOVENTA E NOVE em atendimento a intimação desta fiscalização permitiram a identificação de outras onze importações registradas ela BY BRASIL, VILA PORTO e SOCINTER, de fato efetuadas por conta e ordem da NOVENTA E NOVE, ou seja, ocultando fraudulentamente a condição dessa última de efetiva adquirente das mercadorias (Quadro 2.2). (...)"

Portanto, a alegação da recorrente é improcedente, pois em todas as declarações de importação citadas pela defesa restou comprovada a interposição fraudulenta. Todas as DI elencadas no recurso voluntário estão relacionadas nos Quadros 2.1 e 2.2 às fls. 385/386. O que aconteceu foi que em alguns casos a fiscalização não conseguiu obter as faturas verdadeiras e, assim, não conseguiu provar o subfaturamento. Por tal razão, algumas DI não integraram as autuações da DIANA por subfaturamento. Mas a interposição fraudulenta restou fartamente comprovada naqueles processos em relação a todas as declarações importação, conforme quadros 2.1 e 2.2 (fls. 385/386), provas estas que foram trasladadas para estes autos.

Sendo assim, não merece nenhum reparo o auto de infração na parte em que equiparou a recorrente a estabelecimento industrial com base no art. 9º, I, do RIPI/2002, com base nas provas produzidas nos quatro processos da DIANA da 8ª Região.

DO ARBITRAMENTO

Segundo o termo de constatação, a empresa foi intimada e reintimada por diversas vezes a apresentar os livros fiscais e notas fiscais de saída tanto da matriz quanto da filial. Em suas repostas justificou a não apresentação desses documentos por terem sido apreendidos pela polícia com ordem judicial. Entretanto, em diligência realizada no Fórum da Justiça Federal em São Paulo, os livros e notas fiscais requeridos nas intimações não foram encontrados entre os documentos apreendidos. Portanto, a conclusão só pode ser no sentido de que a recorrente ou não possui os livros e as notas fiscais de saída da matriz e da filial, ou não quis franqueá-los à fiscalização.

A ocorrência do fato gerador do IPI (saídas) é incontroverso, pois a própria recorrente às fls. 2885/2886, informou à fiscalização o seguinte, *in verbis*:

"(...) Em atendimento ao Termo de Intimação Fiscal nº 0815500/00077/2010 (MPF), tendo por objeto os tributos e/ou as contribuições de II, IPI, PIS, COFINS e MULDI, relativos aos anos de 2005 e 2006, o qual foi lavrado e recebido em data de 25 de fevereiro pp., às 14:40h, no endereço da empresa Noventa e Nove Comércio de Móveis, Objetos de Decoração e Presentes Ltda., CNPJ 03.020.541/0001-70, na Rua Colômbia, 270, Capital, SP, serve o presente para, no prazo concedido por essa D. Autoridade Fiscal, apresentar a seguinte documentação, ou justificativa para sua não apresentação integral, dentre aquela solicitada:

1 - omissis....

2- Informação escrita se as mercadorias ingressadas na empresa mediante NFs emitidas pelas empresas By Brasil, J A

Brazil, Vila Porto Internacional, Socinter Sul e Porto Delivery, encontram-se atualmente em estoque ou se saíram da empresa.

*Informamos para os devidos fins que os itens mencionados nas NFs supra citadas e também relacionadas no Procedimento fiscal 0815500.2010.00077, Código de Acesso 56394541, **não se encontram mais no estoque de nossa empresa**, conforme Livros de Registro de Inventário dos anos de 2007 e 2008, que todavia deixamos de apresentar neste ato, em razão de terem sido apreendidos em Processo Judicial de Busca e Apreensão nº 2009.61.81.007975-0, em curso junto à 6ª Vara Federal Criminal de São Paulo, Capital, em 14 de julho de 2009, conforme cópia do respectivo auto de busca e apreensão anteriormente já entregue a essa D. Autoridade. (...)"*

(Grifei)

Portanto, se as mercadorias não se encontravam mais em estoque na data da fiscalização, é porque foram vendidas pela recorrente. E se foram vendidas pela recorrente, real importadora, houve a equiparação prevista no art. 9º. I, do RIPI/2002.

Contudo, sem as informações pertinentes às saídas daquelas mercadorias, a fiscalização ficou de mãos atadas para estabelecer os seguintes parâmetros: (i) o estabelecimento de onde saíram as mercadorias (matriz ou filial); (ii) as datas em que ocorreram as saídas (momento da ocorrência do fato gerador); (iii) os valores pelos quais se deram as saídas (valor tributável do IPI).

A solução desse impasse está nos arts. 138, § 2º e 137, I, ambos do RIPI/2002, que determinam que a apuração do valor tributável do produto importado deve partir do valor que serviu de base para a incidência do imposto de importação, acrescido desse tributo e demais elementos componentes do custo do produto, inclusive a margem de lucro normal.

O primeiro passo da fiscalização, foi intimar a matriz e a filial a apresentar o preço unitário mensal médio de venda ao consumidor dos produtos constantes nas DI e o fator de giro médio do estoque desses produtos. O contribuinte respondeu que não tinha condições de atender à solicitação.

Dessa forma, a fiscalização partiu dos dados contidos no livro diário e no Siscomex para calcular o giro médio do estoque (planilha II, fls. 3853) e a margem de lucro (planilha III, fl. 3854).

A defesa questionou os critérios adotados pelo fisco.

Entretanto, em face da omissão da própria empresa em franquear ao fisco os documentos de saída, não foi possível estabelecer a margem de lucro individualizada para cada produto, pois as partidas no livro diário não discriminam operação por operação e muito menos os valores individualizados de cada produto. O mesmo se diga em relação aos dados constantes das DIRPJ.

Foi questionado também que o fisco, ao apurar a margem de lucro, prejudicou a empresa, pois de um lado considerou as vendas com todos os impostos e de outro considerou as compras com exclusão do IPI. A defesa não tem razão, pois o IPI é um imposto

recuperável pelo sistema de créditos e, sendo assim, não integra o custo das mercadorias vendidas.

O contribuinte alegou que o acórdão recorrido teria se omitido quanto à aplicação da interpretação mais benéfica ao contribuinte. Não tem razão a recorrente. O acórdão recorrido manifestou-se expressamente sobre tal questionamento nas fls. 4291, nos seguintes termos, *in verbis*:

"(...) Quanto ao argumento de que o auto de infração não preserva a regra que impõe a interpretação mais benéfica ao contribuinte, deve-se argumentar que esta regra somente se aplica na existência de dívidas quanto à capitulação legal, a autoria ou natureza material dos fatos e da penalidade aplicável, conforme artigo 112 do Código Tributário Nacional:

Art. 112. *A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:*

I - à capitulação legal do fato;

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

III - à autoria, imputabilidade, ou punibilidade;

IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.

Este não é o caso dos autos. Não há dívidas quanto à capitulação do fato ou quanto a sua existência material, a empresa equipara-se a industrial nas saídas das mercadorias que importa, a hipótese de incidência do imposto ocorreu, assim como o fato gerador do IPI. Ademais, como já dito por diversas vezes, foi a própria impugnante que deu causa ao arbitramento, já que se recusou a apresentar os documentos para a correta identificação das saídas das mercadorias, data de ocorrência e valor da operação.(...)"

A defesa alegou que o arbitramento foi uma medida desnecessária porque a empresa possui escrita fiscal regular. Entretanto, cabe indagar: se a empresa possui os documentos e livros fiscais em situação regular, por qual motivo não os entregou à fiscalização? Onde estão os livros que registram as saídas e onde estão as notas fiscais de saída? Esses documentos são hábeis para afastar o arbitramento e se o contribuinte os tivesse franqueado à fiscalização, certamente o arbitramento não teria sido realizado.

A defesa alegou que em resposta à intimação fiscal de fls. 129/130, foram entregues à fiscalização um sem número de documentos, que indicavam o efetivo valor das vendas dos produtos, como as notas fiscais de venda de fls. 299/329. Essa alegação também é improcedente, pois o período abrangido pela fiscalização alcança os anos de 2006 e 2007, mas o "sem número de documentos" que teriam sido entregues se resumem a cerca de 30 notas fiscais (fls. 299/329), que não representam o universo de vendas dos produtos e não permitem estabelecer as datas e os preços de venda para todos os produtos.

Alegou a defesa que mesmo que se considere necessário o arbitramento, a margem de lucro individualizada de cada produto poderia ter sido obtida confrontando-se as fichas 24 e 26 das DIRPJ. Não é possível fazer essa apuração por meio das informações contidas na declarações do IRPJ, pois não existem informações quanto às quantidades

adquiridas, nem quanto às quantidades vendidas e muito menos quanto às quantidades que em estoque. Essas fichas da DIPJ só trazem informações monetárias quanto às entradas e quanto às saídas, sem nenhuma informação de caráter quantitativo.

A defesa contestou margem de lucro calculada em 538%, considerando-a extremamente elevada e desproporcional com a margem real dos produtos, invocando as margens de valor agregado fixadas pelo fisco paulista por meio da Portaria CAT 153/2009 para fins de instituição do ICMS substituição tributária.

A margem de lucro de 538% pode parecer abusiva, quando se considera uma situação normal em que importações, compras e vendas ocorrem pelos preços usuais de mercado. A Portaria CAT nº 153/2009 da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo foi editada com base em pesquisa da FIPE que considerou uma situação normal de mercado.

Contudo, no caso dos autos não se tem uma situação normal de mercado, pois foi constatado e provado que houve subfaturamento nas importações e transferência das mercadorias das *tradings* para a recorrente praticamente pelos mesmos valores de importação. Se as importações ocorreram por preços irrisórios e a revenda por parte da recorrente se deu a preços de mercado, a anormalidade dessa situação torna razoável a margem de lucro calculada pela fiscalização. Não houve arbitrariedade e nem abuso da fiscalização, a margem de 538% foi calculada a partir de dados que estão no livro diário e no Siscomex e representa a realidade no caso concreto.

Outra alegação da defesa foi no sentido de que o giro de estoque só foi criado pelo fiscal para postergar o termo inicial do prazo de decadência e que o momento do fato gerador do imposto coincide com a nacionalização.

O giro de estoque nada tem a ver com a decadência do direito do fisco efetuar o lançamento e nem com o momento da ocorrência do fato gerador, mas sim com o estabelecimento do custo e da margem de lucro. Ainda que a fiscalização tenha apurado que produtos que produtos ingressados no estoque em 2005 só foram vendidos em 2006 ou 2007, o fato gerador do IPI ocorre no momento da saída e não no momento da entrada. Daí não existe nenhum fundamento na alegação de que o giro do estoque visou safar a autuação da decadência.

Relativamente ao fato da Noventa e Nove não ser contribuinte do IPI, o fato de ser comerciante varejista, não afasta a equiparação a estabelecimento industrial no momento em que revendeu produtos de sua importação, a teor do art. 9º, I, do RIPI/2002.

Inexistindo qualquer vício no arbitramento realizado pela fiscalização, mantém-se os valores calculados na forma posta no lançamento.

DO ERRO NA APURAÇÃO DOS CRÉDITOS

O contribuinte insurgiu-se contra o critério adotado na apuração dos créditos, fato que teria provocado violação do princípio da não-cumulatividade.

Segundo a defesa, nos casos em que houve autuação da DIANA, a fiscalização desprezou o IPI pago no desembaraço aduaneiro, só considerando a diferença do imposto cobrado nos autos de infração lavrados pela DIANA. Já para os casos onde não houve autuação da DIANA, a fiscalização concedeu o crédito de IPI pago no desembaraço aduaneiro.

O procedimento da fiscalização está correto, pois nos casos em que houve autuação por parte da DIANA o imposto que foi pago originariamente no desembaraço aduaneiro já foi utilizado para abatimento no respectivo auto de infração onde se cobrou a diferença do IPI vinculado em razão do subfaturamento. Por tal razão é que o contribuinte só tem direito de crédito em relação à diferença apurada no processo fiscal da DIANA. Não se pode considerar novamente no auto de infração albergado neste processo os valores pagos na importação, sob pena de conceder o crédito em duplicidade.

DA MULTA DE OFÍCIO

No que concerne à multa de ofício, já ficou assentado na preliminar que não houve requalificação por parte da DRJ.

No caso concreto, a infração cometida pela empresa na importação que tem impacto sobre o IPI devido no mercado interno foi a interposição fraudulenta, na qual o real adquirente se oculta atrás de outras pessoas jurídicas para não figurar em operações de importação como sujeito passivo das obrigações tributárias.

Apesar de a fiscalização aduaneira ter apurado a prática de subfaturamento, tal infração, no âmbito do IPI devido no mercado interno, só teve impacto sobre a margem de lucro e não para enquadrar o contribuinte como equiparado a estabelecimento a industrial.

A interposição fraudulenta, enquadra-se perfeitamente no art. 72 da Lei nº 4.502/64, pois ao ocultar sua situação de real importadora dos produtos revendidos, a Noventa e Nove ocultou sua situação de contribuinte equiparado e evitou dolosamente o recolhimento do imposto.

Sendo assim, está correta a tipificação legal da multa no art. 80, II, da Lei nº 4.502/64, que se encontra reproduzido no art. 488 do RIPI/2002, e no art. 72 da Lei nº 4.502/64.

A defesa reprisou no mérito o mesmo argumento utilizado na preliminar, quanto ao Habeas Corpus 142.045 ter extinguido a ação penal que tramitava pela 6ª Vara Criminal Federal de São Paulo.

Acontece que a extinção do processo penal não gera nenhuma consequência sobre o processo administrativo de determinação e exigência de crédito tributário, não só em razão da independências das instâncias administrava e judiciária, mas também porque a ilegalidade das provas restringiu-se às escutas telefônicas.

Sendo assim, o Habeas Corpus e a ação penal não influenciam a manutenção da qualificadora.

Por fim, a defesa alegou que houve erro quanto à base de cálculo da multa, pois a fiscalização aplicou os 150% sobre o valor do imposto não destacado em nota fiscal e não sobre o valor do imposto devido.

Examinando-se a planilha V (fls. 3861/3965) verifica-se que a multa de ofício foi infligida sobre o valor não destacado em nota fiscal.

O art. 80, *caput*, da Lei nº 4.502/64 na redação vigente à época dos fatos geradores dispõe da seguinte forma:

Art. 80. A falta de lançamento do valor, total ou parcial, do imposto sobre produtos industrializados na respectiva nota

***fiscal**, a falta de recolhimento do imposto lançado ou o recolhimento após vencido o prazo, sem o acréscimo de multa moratória, sujeitará o contribuinte às seguintes multas de ofício:*

(...)"

A letra do dispositivo legal revela que na época eram três os fatos que rendiam ensejo à inflação da multa de ofício: (i) a falta de destaque (lançamento) do imposto na nota fiscal; (ii) a falta de recolhimento do imposto destacado em nota em nota fiscal; ou (iii) o recolhimento do imposto depois do prazo de vencimento sem o acréscimo da multa de mora.

O legislador utilizou o conectivo "ou" para indicar a alternância entre as situações. Ou seja, tanto a falta de lançamento do imposto na nota fiscal, quanto a falta de recolhimento do imposto que tenha sido destacado rendem ensejo à inflação da multa de ofício.

No caso concreto, houve falta de lançamento do imposto na nota fiscal, pois o contribuinte se considerava varejista não contribuinte.

A jurisprudência da Câmara Superior de Recursos Fiscais tem entendimento pacífico no sentido de que a multa sobre o IPI não destacado em nota fiscal incide até mesmo na hipótese de não ter sido apurada falta de recolhimento, conforme Acórdão CSRF/02-02.301, cuja ementa, na parte em que interessa a este processo, transcreve-se a seguir:

IPI – MULTA DE OFÍCIO PELA FALTA DE LANÇAMENTO DO IMPOSTO, COM COBERTURA DE CRÉDITO - A mera falta de lançamento do imposto nas notas fiscais respectivas, é suporte fático suficiente para a aplicação da multa de lançamento de ofício, mesmo nos casos em que o período de apuração apresente saldo credor na escrita fiscal.

Sendo assim, está correta a aplicação do percentual agravado de 150% sobre o valor não destacado na nota fiscal, não merecendo reparo algum o auto de infração ou a decisão recorrida.

Em face do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

Antonio Carlos Atulim

CÓPIA