



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

Processo n° 10976.000695/2009-01
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3302-003.091 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de fevereiro de 2016
Matéria IPI
Recorrente CENTRO-OESTE ASFALTOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI

Período de apuração: 01/01/2005 a 28/02/2007

LAVRATURA DE AUTO DE INFRAÇÃO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. SÚMULA CARF Nº 48

A suspensão da exigibilidade do crédito tributário por força de medida judicial não impede a lavratura de auto de infração.

MEDIDA JUDICIAL SUSPENSIVA DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO ANTERIOR AO INÍCIO DO PROCEDIMENTO FISCAL. NÃO CABIMENTO DE MULTA DE OFÍCIO.

A existência de medida judicial suspendendo a exigibilidade do crédito tributário, em momento anterior ao início do procedimento fiscal, impede a aplicação de multa de ofício, nos termos do *caput* e §1º do artigo 63 da Lei nº 9.430/1996.

REVENDA DE MP, PI E ME. ADQUIRENTES NÃO INDUSTRIAIS OU NÃO REVENDEDORES. OPERAÇÃO NÃO SUJEITA À INCIDÊNCIA DO IPI. NECESSIDADE DE ESTORNO DOS CRÉDITOS RELATIVOS À AQUISIÇÃO DE MP, PI E ME.

Os estabelecimentos industriais quando derem saída a MP, PI e ME, adquiridos de terceiros, a pessoas que não sejam industriais ou revendedores, não serão considerados estabelecimentos comerciais de bens de produção, não sendo equiparados a estabelecimento industrial em relação a essas operações, nos termos do §4º do artigo 9º do Decreto 4.544/2002. Entretanto, deve-se efetuar o estorno dos créditos relativos às aquisições das referidas MP, PI e ME, conforme artigo 193 do Decreto nº 4.544/2002.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Crédito Tributário Mantido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em reconhecer a concomitância no que se refere ao crédito tributário correspondente aos produtos emulsões asfálticas, asfaltos modificados e polímeros e asfaltos oxidados e dar provimento parcial ao Recurso Voluntário para excluir a multa de ofício e determinar a suspensão de todo o crédito relacionado a esses mesmos produtos. Também por unanimidade, foi excluído o crédito tributário relativo às vendas dos produtos realizadas a não industriais ou não revendedores, conforme especificação no voto.

(assinado digitalmente)

Ricardo Paulo Rosa
Presidente

(assinado digitalmente)

Paulo Guilherme Déroulède
Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ricardo Paulo Rosa (Presidente), Maria do Socorro Ferreira Aguiar, Domingos de Sá Filho, Walker Araújo, Jose Fernandes do Nascimento, Sarah Maria Linhares de Araújo Paes de Souza, Paulo Guilherme Déroulède, Lenisa Rodrigues Prado.

Relatório

Trata o presente de Auto de Infração lavrado para constituição de crédito tributário de IPI, no período de 01/01/2005 a 28/02/2007, com ciência em 03/12/2009, por falta de destaque em produtos cujas saídas ocorreram de 01/01/2005 a 31/12/2006, classificados pela empresa nos códigos 2715.00.00 com alíquota de 5%, no código 2713.20.00, com alíquota de 4% e equivocadamente no código 2715.00.99, inexistente, e reclassificado para o código 2715.00.00, pela fiscalização.

Para as saídas de revenda nos CFOP 5102 e 6012, a fiscalização considerou o estabelecimento equiparado a industrial nos termos do artigo 9º, §4º do RIPI/2002, como estabelecimentos comerciais de bens de produção, informando, ainda, que a recorrente, embora não tenha apurado débito de IPI nas saídas, apurou crédito na entrada, os transferindo para aproveitamento em sua matriz.

A autuada ajuizou ação ordinária declaratória com pedido de antecipação de tutela em fevereiro de 2007 sob o nº 2007.34.00.002627-7, visando a garantia do direito de não ter os produtos asfalto em emulsão, asfalto modificado por polímero e asfalto oxidado tributados pelo IPI, por considerá-los protegidos pela imunidade prevista no § 3º do artigo 155 da Constituição Federal. A antecipação dos efeitos da antecipação da tutela foi denegada, tendo a empresa efetuado depósitos judiciais dos valores do IPI por ela apurados a partir do fato gerador de fevereiro de 2007. Em novembro de 2008, a recorrente obteve sentença favorável, sendo que em março de 2009, obteve decisão de acolhimento de embargos de declaração, na qual foi concedida a antecipação dos efeitos da tutela na sentença para suspender a exigibilidade do IPI, conforme certidão de e-fls. 869.

Em impugnação, alegou que o Auto de Infração não pode ser mantido em razão da obtenção de decisão judicial com antecipação de tutela reconhecendo a imunidade do IPI sobre os produtos por ela fabricados, bem como por ser indevida a exigência sobre o CAP (Cimento Asfáltico de Petróleo) e o CM-30 (Asfalto Diluído de Petróleo), por tratarem de operação de comercialização, sem ter havido qualquer beneficiamento pela recorrente e por serem produtos imunes.

Defendeu, ainda, a existência de devoluções de vendas não consideradas pela fiscalização, o caráter confiscatório das multas, a ilegalidade da aplicação da taxa Selic, que a matéria versada na impugnação é inteiramente diversa do objeto da ação judicial e pugnou, ao final, pela realização de diligência, para verificar os produtos que são objeto de mera revenda e as devoluções não consideradas.

A DRJ converteu o julgamento em diligência para que fosse apurada a eventual existência de devoluções de vendas não consideradas pela fiscalização. Realizada a diligência, sem que a recorrente apresentasse qualquer manifestação a respeito, a Terceira Turma da DRJ em Belém proferiu o acórdão nº 01-29.155, com a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS IPI

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2006

PROCEDIMENTO FISCAL. LANÇAMENTO. VÍCIO. INEXISTÊNCIA.

Inexiste nulidade no lançamento de ofício que se tenha revestido das formalidades previstas no art. 10 do Decreto nº 70.235, de 1972, com as alterações da Lei nº 8.748, de 1993.

MULTA DE OFÍCIO. TAXA SELIC. INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE.

A incidência de multa de ofício de 75% e exigência da taxa Selic como juros moratórios encontra supedâneo na legislação vigente, não possuindo a autoridade administrativa atribuição para apreciar a argüição de inconstitucionalidade ou de ilegalidade de dispositivos que integram a legislação tributária.

PAF. DILIGÊNCIA. PERÍCIA. REQUISITOS.

Indefere-se o pedido de perícia ou diligência quando reputadas incabíveis nos contornos em que pretendidos pelo impugnante.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. EXISTÊNCIA DE DISCUSSÃO JUDICIAL. CABIMENTO.

Mesmo quando se encontre a matéria sub judice é cabível, mesmo porque obrigatória, a “constituição” do crédito tributário por meio de lançamento de ofício, inexistindo óbice legal para tanto.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. MÉRITO. CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL.

A propositura de ação judicial pelo sujeito passivo implica renúncia à discussão, nas instâncias administrativas, do mérito relativo à pretensão caracterizada pelo mesmo objeto.

IPI. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. SAÍDAS TRIBUTADAS.

Quando o produto encontra na Tabela de Incidência do IPI TIPI, no período de apuração objeto de lançamento de ofício, alíquota positiva do imposto, sua saída do estabelecimento industrial não pode efetivar-se sem o lançamento do tributo devido.

IPI. CRÉDITOS. DEVOLUÇÕES OU RETORNOS.

É permitido ao estabelecimento industrial creditar-se do imposto relativo a produtos tributados recebidos em devolução ou retorno, desde que mantenha escrituração e controles que lhe permitam comprovar sua condição de detentor de tal direito.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Irresignada, a recorrente interpôs recurso voluntário, alegando:

1. A impossibilidade de autuação em decorrência de decisão proferida em ação judicial anterior à lavratura do Auto de Infração, com antecipação de tutela, reconhecendo a imunidade tributária e não sujeição ao IPI, relativo aos produtos fabricados objeto da ação judicial;
2. A inaplicabilidade do ADN Cosit nº 3/1996, que versa sobre a concomitância de processos na esfera administrativa e judicial, pois a sentença proferida antes da lavratura é circunstância que impede a existência do Auto de Infração e não de sua concomitância;
3. A inobservância do artigo 63 da Lei nº 9.430/96, pois que o Auto de Infração não se consubstancia em mero lançamento para prevenir decadência, pois está sendo cobrada a multa de ofício, o que seria inadmissível neste tipo de lançamento. Junta a decisão da ação judicial;
4. A indevida inclusão do CAP (Cimento Asfáltico de Petróleo) e do CM-30 (Asfalto Diluído de Petróleo) na autuação, por se tratarem de mera revenda dos produtos, acrescentando a argumentação de que os destinatários finais (municípios e empresas de engenharia) são consumidores finais e não estabelecimentos industriais ou revendedores, pois aplicam os produtos em serviços de pavimentação em geral, juntado decisão administrativa sobre a questão.
5. Que os produtos são derivados de petróleo e, portanto, imunes nos termos do artigo 155, §3º da Constituição Federal;
6. A necessidade de realização de diligência para se averiguar a condição de mera revenda do CAP e do CM-30.

Na forma regimental, o processo foi distribuído a este relator.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Guilherme Déroulède.

O recurso voluntário atende aos demais pressupostos de admissibilidade e dele tomo conhecimento.

A primeira questão abordada pela recorrente foi de que o reconhecimento da inunidade e a suspensão da exigibilidade anteriores ao lançamento possuem o condão de impedir a lavratura do Auto de Infração. Porém, a questão é pacificada neste conselho, nos termos da Súmula CARF nº 48:

Súmula CARF nº 48: A suspensão da exigibilidade do crédito tributário por força de medida judicial não impede a lavratura de auto de infração.

Assim, a existência de medida judicial, ainda que anterior ao lançamento, não elide a possibilidade de lavratura de Auto de Infração, pois o que se suspende é apenas a exigibilidade do crédito tributário. Obviamente, enquanto perdurar a medida judicial, não haverá possibilidade de cobrança do referido crédito. É o que se depreende do artigo 63 da Lei nº 9.430/96, ou seja, o lançamento de ofício pode ocorrer, mesmo com a exigibilidade suspensa:

Art. 63. Na constituição de crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributo de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma dos incisos IV e V do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, não caberá lançamento de multa de ofício. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, exclusivamente, aos casos em que a suspensão da exigibilidade do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo. (Vide Medida Provisória nº 75, de 2002)

§ 2º A interposição da ação judicial favorecida com a medida liminar interrompe a incidência da multa de mora, desde a concessão da medida judicial, até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição. (Vide Medida Provisória nº 75, de 2002)

A recorrente argüiu, ainda, a inaplicabilidade do ADN COSIT nº 3/1996 ao caso concreto. Referido ato normativo tratava da propositura de ação judicial com o mesmo objeto discutido em processo administrativo, nos seguintes termos:

O COORDENADOR-GERAL DO SISTEMA DE TRIBUTAÇÃO, no uso da atribuição que lhe confere o art. 147, item III, do regimento interno da Secretaria da Receita Federal, aprovado pela Portaria do Ministro da Fazenda nº-606, de 03 de setembro de 1992, e tendo em vista o Parecer COSIT nº-27/96.

DECLARA, em caráter normativo, às Superintendências Regionais da Receita Federal, às Delegacias da Receita Federal de Julgamento e aos demais interessados, que:

a) a propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial- por qualquer modalidade processual-, antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa a renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto ;

b) conseqüentemente, quando diferentes os objetos do processo judicial e do processo administrativo, este terá prosseguimento normal no que se relaciona à matéria diferenciada (p.ex., aspectos formais do lançamento, base de cálculo etc.);

c) no caso da letra "a", a autoridade dirigente do órgão onde se encontra o processo não conhecerá de eventual petição do contribuinte, proferindo decisão formal, declaratória da definitividade da exigência discutida ou da decisão recorrida, se for o caso, encaminhando o processo para a cobrança do débito, ressalvada a eventual aplicação do disposto no art. 149 do CTN;

d) na hipótese da alínea anterior, não se verificando a ressalva ali contida, proceder-se-á a inscrição em dívida ativa, deixando-se de fazê-lo, para aguardar o pronunciamento judicial, somente quando demonstrada a ocorrência do disposto nos incisos II (depósito do montante integral do débito) ou IV (concessão de medida liminar em mandado de segurança), do art.151, do CNT;

e) é irrelevante, na espécie, que o processo tenha sido extinto, no Judiciário, sem julgamento do mérito (art.267 do CPC).

Este ato está revogado pelo Parecer Normativo Cosit nº 7/2014, cujas conclusões foram:

Conclusão

21. Por todo o exposto, conclui-se que:

a) a propositura pelo contribuinte de ação judicial de qualquer espécie contra a Fazenda Pública, em qualquer momento, com o mesmo objeto (mesma causa de pedir e mesmo pedido) ou objeto maior, implica renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso de qualquer espécie interposto, exceto quando a adoção da via judicial tenha por escopo a correção de procedimentos adjetivos ou processuais da Administração Tributária, tais como questões sobre rito, prazo e competência;

b) por conseguinte, quando diferentes os objetos do processo judicial e do processo administrativo, este terá prosseguimento normal no que concerne à matéria distinta;

c) a renúncia às instâncias administrativas abrange os processos de constituição de crédito tributário, de reconhecimento de direito creditório do contribuinte (restituição, ressarcimento e

compensação), de aplicação de pena de perdimento e qualquer outro processo que envolva a aplicação da legislação tributária ou aduaneira;

d) a decisão judicial transitada em julgado, seja esta anterior ou posterior ao término do contencioso administrativo, prevalece sobre a decisão administrativa, mesmo quando aquela tenha sido desfavorável ao contribuinte e esta lhe tenha sido favorável;

e) a renúncia às instâncias administrativas não impede que a Fazenda Pública dê prosseguimento normal aos seus procedimentos, a despeito do ingresso do sujeito passivo em juízo; proferirá, assim, decisão formal, declaratória da definitividade da exigência discutida ou da decisão recorrida, e deixará de apreciar suas razões e de conhecer de eventual petição por ele apresentada, encaminhando o processo para a inscrição em DAU do débito, quando existente, salvo a ocorrência de hipótese que suspenda a exigibilidade do crédito tributário, nos termos dos incisos II, IV e V do art. 151 do CTN;

f) o mesmo raciocínio se aplica, no que couber, aos processos administrativos em que não se discuta a exigibilidade do crédito tributário lançado de ofício, mas envolvam quaisquer outras matérias de interesse do sujeito passivo, que ele opte por submeter ao exame do Poder Judiciário (nestes casos, de igual modo, o curso do processo administrativo não será suspenso, ressalvada decisão judicial incidental determinando sua suspensão);

g) a competência para declarar a concomitância de instâncias e seus efeitos é da autoridade competente para decidir sobre a matéria na fase processual em que se encontra o processo administrativo, qualquer que seja o rito a que esteja submetido;

h) se, no ato da impugnação do lançamento, da manifestação de inconformidade ou da interposição de qualquer espécie de recurso, o interessado não informar que a matéria impugnada foi submetida à apreciação judicial, em desobediência ao disposto no inciso V do art. 16 do Decreto nº 70.235, de 1972, e ficar constatada a concomitância total ou parcial com processo judicial, deverá o Delegado ou o Inspetor-Chefe da RFB negar o seguimento da impugnação ou da manifestação quanto ao objeto coincidente;

i) é irrelevante, na espécie, que o processo judicial tenha sido extinto sem resolução de mérito, na forma do art. 267 do CPC, pois a renúncia às instâncias administrativas, em decorrência da opção pela via judicial, é definitiva, insuscetível de retratação;

j) a definitividade da renúncia às instâncias administrativas independe de o recurso administrativo ter sido interposto antes ou após o ajuizamento da ação;

k) o disposto neste Parecer aplica-se de igual modo a qualquer modalidade de processo administrativo no âmbito da RFB, ainda

que sujeito a rito processual diverso do Decreto nº 70.235, de 1972;

l) a configuração da concomitância entre as esferas administrativa e judicial não impede a aplicação do disposto no art. 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, c/c a Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 1, de 12 de fevereiro de 2014;

m) ficam revogados o Parecer MF/SRF/COSIT/GAB nº 27, de 13 de fevereiro de 1996 e o ADN Cosit nº 3, de 14 de fevereiro de 1996.

No caso presente, a recorrente ajuizou ação ordinária declaratória com pedido de antecipação de tutela em fevereiro de 2007 sob o nº 2007.34.00.002627-7, visando a garantia do direito de não ter os produtos asfalto em emulsão, asfalto modificado por polímero e asfalto oxidado tributados pelo IPI, por considerá-los protegidos pela imunidade prevista no § 3º do artigo 155 da Constituição Federal, conforme excerto extraído da certidão de e-fls. 127, abaixo transcrito:

“CERTIFICA que da Ação Ordinária nº 2007.34.00.002627- 7, ajuizada por CENTRO-OESTE ASFALTOS LTDA., ASFALTOS CONTINENTAL LTDA. - e NTA- NOVAS TECNICAS DE ASFALTOS LTDA. contra a UNIÃO, consta o seguinte : PEDIDO : Declarar a não incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI sobre os produtos asfálticos (asfaltos em emulsão, asfaltos modificados por polímeros e asfaltos oxidados). SENTENÇA: Acolhido o pedido para "declarar que gozam de imunidade em relação ao Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, com base no art. 155, § 3º da Constituição, os produtos asfálticos em emulsão, modificados por polímero e oxidados, fabricados pelas autoras, desde que: (a) os asfaltos em emulsão obedeçam às normas contidas no Regulamento Técnico DNC 01191, aprovado pela Portaria Minfra NO 16, de 17.1.1991; (b) os asfaltos modificados por polímero sejam constituídos por, no mínimo, 94 % de Cimento Asfáltico de Petróleo '- CAP, e no máximo, 6% de polímeros e copolímeros, e obedeçam às normas contidas no Regulamento Técnico ANP n 0 312007, aprovado pela Resolução ANP, nº 31, de 9.10.2007; e (c) os asfaltos oxidados sejam preparados a partir do Cimento Asfáltico de Petróleo e obedeçam a normalização da Associação Brasileira . de Normas Técnicas - ABNT sob n 0 NBR 9910, de junho de 1982': Foi concedida a antecipação dos efeitos da tutela na sentença para suspender a exigibilidade do IPI; nos termos anteriormente mencionados. ULTIMO ANDAMENTO : Autos aguardando a publicação da sentença que acolheu os embargos de declaração para antecipar os efeitos da tutela. Brasília, 30 de março de 2009.”

Constata-se, assim, a existência de concomitância em relação à alegação de não incidência de IPI sobre os asfaltos em emulsão, asfaltos modificados por polímeros e asfaltos oxidados, com fundamento na imunidade de que trata o §3º do artigo 155 da Constituição Federal, sendo aplicável o revogado ADN Cosit nº 3/1996, então vigente à época dos fatos, bem como o Parecer Normativo Cosit nº 7/2014.

Seguindo em sua defesa, a recorrente propugnou pela aplicação do artigo 63 da Lei nº 9.430/96. Verifica-se nas e-fls. 868 e 869, decisão de acolhimento dos embargos, reconhecendo a antecipação da tutela e a suspensão da exigibilidade do IPI sobre os produtos asfálticos em emulsão, modificados por polímero e oxidados, fabricados pela autora, em 09/03/2009 e certidão exarada em 30/03/2009, anteriormente ao início da diligência para apuração dos fatos, ocorrida em 12/08/2009, conforme informação do Termo de Verificação Fiscal de e-fl. 63 e 72.

Não há nos autos, informação sobre a suspensão dos efeitos da sentença e de acordo com o Parecer PGFN/CAT nº 1.405/1999, a sentença que confirma a concessão de tutela impede a cobrança do crédito tributário até que sobrevenha ordem suspendendo-a:

32. *Isso posto, e objetivamente respondendo às dúvidas suscitadas pela Secretaria da Receita Federal, é de se concluir que:*

a) *além das liminares concedidas em mandado de segurança, as demais medidas liminares e as antecipatórias de tutela, concedidas em outras espécies de ações, por serem ordens judiciais, devem ser observadas durante o período em que conservam sua eficácia. A unidade local da Procuradoria da Fazenda, em tais casos, deve ser cientificada para que se tomem as providências legais cabíveis;*

b) *a sentença de mérito proferida na primeira instância ou instância única, concedendo a segurança, suspende a exigibilidade do crédito tributário, até que sobrevenha decisão em sentido contrário, quando cabível;*

c) *a sentença de mérito proferida na primeira instância ou instância única favorável ao contribuinte, nos processos onde foram concedidos tutela antecipada ou liminar em outras espécies de ação judicial, impede a cobrança do crédito tributário, até que se obtenha, via judicial, a suspensão da ordem;*

d) *em tais casos deve a Secretaria da Receita Federal fornecer certidão positiva de débito, com efeitos de certidão negativa, sendo de bom alvitre que conste da certidão a ressalva de que esta está sendo emitida por determinação judicial;*

Verifica-se que a fiscalização efetuou o lançamento por entender que a ação ordinária declaratória interposta em fevereiro de 2007 somente produzia efeitos a partir de fevereiro de 2007, fato gerador a partir do qual passou a efetuar depósitos judiciais. O entendimento é equivocado, pois as ações declaratórias visam a declaração da existência ou não de uma relação jurídica, ou a autenticidade ou falsidade de documento (art. 4º do Código de Processo Civil vigente), e, no caso aqui tratado, referiu-se à declaração de inexistência de relação jurídica relativa à incidência do IPI sobre as saídas dos produtos que fabrica, e, portanto, não se limita aos fatos geradores subsequentes à sua interposição.

A DRJ afastou, implicitamente, o entendimento da fiscalização, mas negou provimento ao recurso, em razão de que a recorrente não ter apresentado a decisão judicial confirmatória da concessão dos efeitos da antecipação de tutela, bem como não comprovou que os produtos vendidos se enquadravam no conteúdo decisório.

Verifica-se, porém, que a fiscalização considerou que a decisão judicial obtida pela recorrente não alcançou as saídas de emulsões asfálticas convencionais, as modificadas com polímeros ou os asfaltos modificados por ter entendido que seus efeitos não se aplicavam aos fatos geradores anteriores a fevereiro de 2007, e não pelo fato de os produtos não se enquadrarem no conteúdo decisório da sentença.

De fato, depreende-se, justamente, o contrário, pois a ação fiscal iniciou-se para a verificação do período de janeiro de 2005 a dezembro de 2008 (Termo de Intimação nº 0507/2009, e-fl. 72), mas resultou em autuação apenas de 2005 e 2006, o que demonstra que foi considerado que a ação judicial e os depósitos judiciais, a partir de fevereiro de 2007, abrangiam os produtos fabricados pela recorrente. Se a fiscalização tivesse considerado que produtos fabricados pela recorrente não atendiam ao conteúdo decisório, certamente, haveria lançamento de ofício quanto a estes produtos não abrangidos pela decisão judicial, no período de 2007 a 2008.

A conclusão fica mais reforçada quando se verifica que a recorrente apresentou em resposta à intimação, a composição química das emulsões asfálticas e dos asfaltos modificados, não tendo sido feita nenhuma observação a respeito. Pontue-se que o lançamento especificou apenas a NCM dos produtos envolvidos e não se preocupou com o enquadramento dos produtos nos atos normativos referidos na decisão judicial.

Portanto, devem ser exoneradas as multas de ofício referentes aos lançamentos de crédito tributário relativos aos produtos asfaltos em emulsão, asfaltos modificados por polímeros e asfaltos oxidados.

Esclareça-se que de acordo com o alínea “e”¹ do Parecer Normativo Cosit nº 7/2014, esta decisão relativa ao lançamento concernente aos produtos de que trata o parágrafo anterior é formalmente definitiva no âmbito administrativo e reconhece a suspensão dos créditos tributários em vista da certidão acostada aos autos, cabendo à unidade administrativa de origem a verificação do atual andamento processual e os efeitos de novas decisões sobre a suspensão aqui reconhecida.

Quanto à tributação dos produtos CAP e CM-30, a recorrente pugna pelo cancelamento, em vista de serem operações de mera revenda, sem qualquer operação de industrialização e pelo fato de que tais produtos são imunes, de acordo com o artigo 155, §3º da Constituição Federal.

No que tange à imunidade, salienta-se que não há lide quanto à classificação fiscal dos produtos, restando incontroversa a classificação nas posições 2713.20.00 e 2715.00.00:

| | | |
|------------|--|---|
| 27.13 | COQUE DE PETRÓLEO, BETUME DE PETRÓLEO E OUTROS RESÍDUOS DOS ÓLEOS DE PETRÓLEO OU DE MINERAIS BETUMINOSOS | |
| 2713.1 | -Coque de petróleo | |
| 2713.11.00 | --Não calcinado | 4 |
| 2713.12.00 | --Calcinado | 4 |
| 2713.20.00 | -Betume de petróleo | 4 |

¹ e) a renúncia às instâncias administrativas não impede que a Fazenda Pública dê prosseguimento normal aos seus procedimentos, a despeito do ingresso do sujeito passivo em juízo; proferirá, assim, decisão formal, declaratória da definitividade da exigência discutida ou da decisão recorrida, e deixará de apreciar suas razões e de conhecer de eventual petição por ele apresentada, encaminhando o processo para a inscrição em DAU do débito, quando existente, salvo a ocorrência de hipótese que suspenda a exigibilidade do crédito tributário, nos termos dos incisos

| | | |
|------------|---|---|
| 2713.90.00 | -Outros resíduos dos óleos de petróleo ou de minerais betuminosos | 4 |
| 2715.00.00 | MISTURAS BETUMINOSAS À BASE DE ASFALTO OU DE BETUMES NATURAIS, DE BETUME DE PETRÓLEO, DE ALCATRÃO MINERAL OU DE BREU DE ALCATRÃO MINERAL (POR EXEMPLO: MÁSTIQUES BETUMINOSOS E "CUT-BACKS") | 5 |

As alíquotas adotadas pela TIPI são positivas, representando, em última análise, o entendimento do Poder Executivo a respeito da não imunidade relativa a estes produtos, pois o contrário implicaria a adoção da notação NT às referidas posições. A TIPI é aprovada mediante decreto presidencial, no caso os Decretos nº 4.542/2002 e 6.006/2006, e argumentação de que o CAP e o CM-30 seriam produtos imunes, ainda que o decreto estabelecesse alíquotas positivas, pressupõe juízo de inconstitucionalidade dos referidos decretos, o que não pode ser deduzido neste Conselho, a teor da Súmula CARF nº 02².

Concernente à operação de revenda, a fiscalização efetuou o lançamento de saída de produtos nos CFOP 5.102 e 6.102 (venda de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros), enquadrando a operação na equiparação prevista no §4 do artigo 9º do Decreto 4.544/2002:

Art. 9º Equiparam-se a estabelecimento industrial:

[...]

§ 4º Os estabelecimentos industriais quando derem saída a MP, PI e ME, adquiridos de terceiros, com destino a outros estabelecimentos, para industrialização ou revenda, serão considerados estabelecimentos comerciais de bens de produção e obrigatoriamente equiparados a estabelecimento industrial em relação a essas operações (Lei nº 4.502, de 1964, art. 4º, inciso IV, e Decreto-lei nº 34, de 1966, art. 2º, alteração 1º).

Já o artigo 193 do regulamento prevê o estorno de créditos nas hipóteses:

Anulação do Crédito

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 8ª, Lei nº 7.798, de 1989, art. 12, e Lei nº 9.779, de 1999, art. 11):

I - relativo a MP, PI e ME, que tenham sido:

[...]

f) vendidos a pessoas que não sejam industriais ou revendedores;

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

a) venderem a pessoas que não sejam industriais ou revendedores;

b) transferirem para as seções incumbidas de vender às pessoas indicadas na alínea a; ou

c) transferirem para outros estabelecimentos da mesma firma, com a destinação das alíneas a e b;

Por sua vez, a recorrente alega que as vendas de CAP e CM-30 são meras revendas, sem qualquer processo de industrialização, e que os destinatários são municípios ou empresas de engenharia, que utilizam estes produtos em pavimentação, sendo consumidores finais. Na impugnação, relaciona em planilha as notas fiscais que deveriam ser excluídas do lançamento, e-fls. 295 a 302.

Os requisitos para a caracterização da equiparação são: 1) o estabelecimento a ser equiparado deve ser industrial; 2) a operação é de revenda; 3) os produtos revendidos são matérias-primas, produtos intermediários ou material de embalagem; 4) os adquirentes devem ser estabelecimentos industriais que utilizam estes produtos como insumos ou estabelecimentos que os revenda.

No caso, os três primeiros requisitos são constatados, ou seja, a recorrente é estabelecimento industrial, o CAP e o CM-30 são matérias-primas de seu processo produtivo e a operação autuada foi de revenda. Entretanto, controvérsia reside na condição do adquirente.

A recorrente afirma que os adquirentes são usuários finais, sendo a operação realizada pela recorrente de mera revenda. Porém, se isto de fato tivesse ocorrido, a recorrente deveria ter estornado o crédito decorrente das aquisições destes produtos, segundo o artigo 193 do RIPI/2002, o que não foi realizado, conforme afirmação da fiscalização no Termo de Verificação Fiscal, e-fls. 69, abaixo transcrita e não contestada pela recorrente:

“Observe-se que embora não tenha tributado as saídas dos produtos por ela industrializados, certamente por entender que não estão sujeitos à incidência do IPI (não-tributados), conforme se depreende do teor da ação ordinária anteriormente comentada, a empresa creditou-se do IPI pago na aquisição de matérias-primas, verificado nas notas fiscais de entrada apresentadas conforme protocolo de entrega de fl. e nos respectivos Livros de Registro de Entrada. Se o produto não é sujeito à incidência do IPI, não há que se creditar do IPI pago na aquisição da matéria-prima, produto intermediário material de embalagem empregados na sua produção.”

A falta de estorno dos créditos é incompatível com a alegação de que se trataria de mera revenda. Seria talvez o caso de uma diligência para esclarecer a verdade dos fatos. Porém, entendo que a diligência a ser realizada em terceiros não integrantes do litígio para verificar a utilização de produtos adquiridos em 2005 e 2006 revela-se impraticável dado o lapso temporal de dez anos ou mais, quando não mais se poderá exigir a apresentação de documentação probatória do efetivamente ocorrido.

Verifica-se, contudo, que na relação de notas fiscais indicadas pela recorrente na impugnação, e-fls. 294 a 302 em comparação com a planilha de fiscalização, e-fls. 28 a 62, identificam-se os seguintes adquirentes, que não podem ser considerados como industriais ou revendedores de produtos asfálticos, posto se tratarem de prefeituras municipais, laboratório farmacêutico, empresas de água e esgoto municipais, associação, órgãos públicos, indústria alimentícia, pessoas físicas, a saber: Prefeitura Municipal de Pirapora, Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Pirapora, Prefeitura Municipal de Itabira, Laboratório Farmacêutico Neo Química, Luciana J Penido, Prefeitura Municipal de Buritis, Assoc. Educ. Irmãos De N.

Senhora, Assoc M. Micro R. Vertente Oc. Caparão, Assoc Benef. Da Rodov. Da Mudança, 9º Batalhao De Engenh De Construção, 9º Batalhao De Engenh De Construção, Prefeitura Municipal de Querência, Prefeitura Municipal de Itumbiara, Prefeitura Municipal de Senador Canedo, Prefeitura Municipal de João Pinheiro, Prefeitura Municipal de Machado, Perdigão Agroindustrial, Prefeitura Municipal de Caçu, Ipanema Agrícola Ltda, Codaíba Agroindustrial Ltda, Prefeitura Municipal de Nova Glória, Prefeitura Municipal de Mineiros, Prefeitura Municipal de Bom Jesus, Prefeitura Municipal de Berilo. As notas relativas a tais adquirentes estão listadas na planilha de e-fls. 294 a 302, apresentada pela recorrente em sua impugnação.

Assim, em relação a tais adquirentes, a revenda de CAP e CM-30 pela recorrente não se enquadra na equiparação prevista no §4º do artigo 9º do Decreto 4.544/2002.

Diante do exposto, voto para dar provimento parcial ao recurso voluntário, excluindo do lançamento as multas de ofício lançadas sobre as emulsões asfálticas, sobre os asfaltos modificados por polímeros e sobre os asfaltos oxidados em razão da existência da decisão judicial que suspendia a exigibilidade do crédito tributário, bem como excluindo do lançamento o crédito relativo à revenda de CAP e CM-30 aos adquirentes não industriais ou revendedores, acima especificados.

(assinado digitalmente)

Paulo Guilherme Déroulède