



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16004.720383/2013-69
Recurso Embargos
Acórdão nº **3301-013.528 – 3ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 25 de outubro de 2023
Embargante DELEGACIA ESPECIAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA EM SÃO PAULO
Interessado COSMED INDÚSTRIA DE COSMÉTICOS E MEDICAMENTOS S/A

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2009

EMBARGOS. LAPSO MANIFESTO E OBSCURIDADE. ACOLHIMENTO.
Devem ser acolhidos os embargos por lapso manifesto, quando resta claro que, na decisão embargado, ocorreu equívoco quando da identificação dos fatos que ensejaram o lançamento de ofício, bem como das datas em que estes fatos ocorreram.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, voto por acolher os embargos inominados opostos pelo Delegado da Receita Federal –DERAT/São Paulo, com efeitos infringentes, para declarar que deve ser cancelado o lançamento de ofício de IPI, calculado com base no art. 138 do RIPI/02, e em relação às vendas realizadas pela Cosmed para a Aprov, no período de 01/01/2009 a 30/06/2009, e para a Hypermarchas, no período de 01/01/2009 a 31/12/2009.

(documento assinado digitalmente)

Rodrigo Lorenzon Yunan Gassibe - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Ari Vendramini - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Rodrigo Lorenzon Yunan Gassibe (Presidente), Ari Vendramini, Laercio Cruz Uliana Junior, Jucileia de Souza Lima, Sabrina Coutinho Barbosa e Marcos Antonio Borges (Suplente Convocado).

Relatório

Trata-se de lançamento "de Ofício" do IPI em razão de que, segundo a fiscalização, a Cosmed, inobservou o Valor Tributável Mínimo, nas vendas para a empresa atacadista Hypermarchas, com quem mantém relação de interdependência, nos termos do art. 136 e 137 do Decreto nº 4.544/02 (RIPI/02), com acréscimo de multa proporcional de 75%, agravada para 150%,

nos termos do art. 80, caput e § 6º, inciso II, da Lei n.º 4.502/64, com a redação dada pelo art. 13 da Lei n.º 11.488/07, conforme Auto de Infração de fls. 2153/2174.

Consta ainda, no Termo de Descrição dos Fatos (TDF), fundamentos no sentido de que parcela dos produtos autuados tiveram a base de cálculo do IPI apurada com base em arbitramento, nos termos do art. 138 do RIPI/02.

Importante destacar-se que o lançamento tributário foi formalizado pelo regular Auto de Infração e instruído pelos demais elementos constantes dos autos, especificamente, pelo Termo de Descrição dos Fatos (TDF), dele sendo parte integrante.

No caso concreto, o TDF, fls. 2646/2732, foi originariamente elaborado para o detalhamento do resultado de procedimento fiscal levado a efeito junto à Recorrente, onde foram apuradas, pela fiscalização, irregularidades relativas ao IRPJ, CSLL, PIS, Cofins e IPI.

Desse trabalho fiscal restou caracterizada, segundo a fiscalização, a infração denominada Distribuição Disfarçada de Lucros (DDL), em face de que a Recorrente teria praticado planejamento tributário abusivo, superfaturamento, abuso de direito e, por conseqüência, evasão tributária.

Os excertos abaixo transcritos, trazidos do TDF, ilustram, em breve síntese, as conclusões da fiscalização, fruto do procedimento fiscal, como um todo.

Excerto TDF, fls. 20912092 (26732674):

Como vimos, o “planejamento tributário” levado a efeito pelo grupo Hypermarcas levou à redução/falta de recolhimento de tributos e contribuições (PIS, COFINS, IPI, IRPJ e CSLL), afetando, sobremaneira a livre concorrência no setor econômico de cosméticos e medicamentos. O “planejamento” afetou a neutralidade concorrencial nestes setores econômicos, já que a Hypermarcas começou a atuar em condições privilegiadas.

Isso implica que, a partir do Código Civil, abuso de direito configura indiscutivelmente ato ilícito e, portanto, neste caso não estaremos mais falando de planejamento e elisão tributária; pois teremos desgarrado para a evasão. Ou seja, desde a vigência do Código, abuso de direito implica evasão tributária; não é mais elisão, porque o comportamento estará apoiado em ato ilícito. E a licitude dos atos, conforme já visto, é requisito indispensável para existir verdadeiro planejamento. Portanto, não resta dúvidas de que o grupo Hypermarcas agiu de má fé, com o objetivo preponderante de reduzir sua carga tributária, mediante a redução da base de cálculo dos tributos e contribuições, conforme já relatado neste termo.

Aliás, os dirigentes do grupo Hypermarcas, mediante um “planejamento tributário” abusivo implementado, modificaram as características essenciais do fato gerador, de modo a reduzir o montante dos impostos e contribuições devidas, incidindo no tipo legal capitulado no art. 72 da Lei n.º 4.502 /64 (fraude).

Continua a fiscalização, constatando que o Grupo Hypermarcas atuava com desvio de propósito comercial, nas transações entre empresas do grupo, especificamente nas vendas da Cosmed, braço industrial do grupo, para a Hypermarcas, braço comercial atacadista, emergindo ao final uma fraude penal, excerto TDF, fl. 2103 (2685):

Conforme exaustivamente demonstrado ao longo deste termo, restou comprovado que os dirigentes do grupo Hypermarcas, mediante um “planejamento tributário” abusivo implementado, modificaram as características essenciais do fato gerador, de modo a reduzir o montante dos impostos e contribuições devidas. Portanto, restou flagrantemente caracterizado o evidente intuito

de fraudar a Fazenda Pública Federal, fato suficiente para justificar a exasperação da penalidade na forma prevista no citado art. 44, II, da Lei nº 9.430 de 1996.
Conclui ainda a fiscalização que "Por todo o exposto, não restou dúvida que o "planejamento" desenvolvido pelo grupo Hypermarcas configurou ato ilícito (por abusivo), não restando outra alternativa à fiscalização senão neutralizar os seus efeitos", fl. 2131final (2713final).

Por oportuno, registre-se que, o presente processo cuida unicamente da apuração da base de cálculo e do valor devido do IPI. A apuração da base de cálculo do PIS/COFINS e do IRPJ/CSLL foram formalizados no processo 16004.720395/2013-93.

Em relação ao IPI, no âmbito do TDF, além dos fundamentos originados da Distribuição Disfarçada de Lucro (DDL), explicitados acima, a fiscalização também caracterizou a inobservância do Valor Mínimo Tributável (VTM) nas vendas efetuadas pela Cosmed, empresa industrial, e Hypermarcas, atacadista, posto que restou caracterizada a interdependência entre elas, nos termos do art. 136 e 137 do RIPI/02.

Em Acórdão de nº 3301-005610, esta 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 3ª Seção de Julgamento, por maioria de votos, decidiu, mérito, dar parcial provimento ao Recurso Voluntário para afastar

- a) a exigência referente aos valores arbitrados,
- b) a solidariedade da Hypermarcas, e das pessoas físicas e
- c) afastar a multa qualificada reduzindo a penalidade ao patamar de 75%.

O Acórdão foi assim ementado :

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2009

ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR SUPOSTA PRETERIÇÃO DO DIREITO DE DEFESA.

É descabida a alegação de nulidade por suposta preterição do direito de defesa, focalizando Auto de Infração devidamente motivado, com a indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos pertinentes ao caso.

IPI. VALOR TRIBUTÁVEL MÍNIMO. ARBITRAMENTO. PREÇO PARÂMETRO

A recorrente industrializava e vendia, no atacado, para a sua controladora, produtos sem a marca comercial esta última apunha as marcas e os revendia para outras atacadistas. Isto é, participavam da mesma cadeia produtiva, porém em etapas distintas, com estruturas próprias e distintas de custos industriais e administrativos. E, naturalmente, suas vendas não eram realizadas no mesmo mercado.

Assim sendo, reputo que a fiscalização não aplicou corretamente o disposto no §1º do art. 138 do RIPI/02, pois não apurou o "preço médio do mercado nacional" da recorrente, tendo, por outro lado, adotado o preço médio da controladora, que operava em mercado absolutamente distinto. Por conseguinte, deve ser cancelado o crédito tributário de IPI.

CLASSIFICAÇÃO FISCAL DE PRODUTOS. ERRO. LANÇAMENTO INSUFICIENTE DO IPI NAS NOTAS FISCAIS.

Os produtos "gel fixador" e "gel desodorante fixador" para cabelo classificam-se no código 3305.9000 da TIPI/2002, tributado com alíquota de 22%.

CONDUTA DELITIVA. QUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SOLIDÁRIA

Não foi adotada qualquer conduta dolosa ou fraudulenta, porém tão simplesmente reorganização lícita de negócios e prática de preços compatíveis com os dos mercados em que atuavam.

Assim sendo, deve ser desqualificada a multa de ofício incidente sobre as diferenças entre o VTM, calculado com base no inciso I do art. 136 do RIPI/92, e os preços efetivamente praticados, bem como sobre as diferenças de IPI decorrentes de erro na classificação fiscal. Pelo mesmo motivo, devem ser afastadas as atribuições de responsabilidade tributária solidária à controladora, capitulada no inciso I do art. 124 do CTN, e aos diretores da recorrente e da controladora, fundamentada no inciso III do art. 135 do CTN.

A PGFN apresentou Recurso Especial admitido conforme Despacho de Admissibilidade fundamentado.

Também contra este Acórdão, a Unidade de Origem apresentou Embargos de Declaração, por ter encontrado omissões e contradições no voto vencedor, dificultando a execução do julgado.

Em fundamentado Despacho de Admissibilidade, o Presidente da turma acatou parcialmente os Embargos, como segue :

Embargos de declaração opostos pela Delegada Adjunta da Receita Federal de Administração Tributária em São Paulo em face do acórdão n.º 3301-005.610, proferido em 29/01/2019, pela 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 3ª Seção de Julgamento do CARF.

.....
A embargante alega lapso manifesto e dúvida quanto à aplicação da decisão em relação às vendas da COSMED para a APROV, bem como contradição entre a ementa e o voto, razão pela qual serão tratados como embargos inominados, previstos no artigo 66 do Anexo II do RICARF.
.....

Lapso quanto ao período de vendas para Hypermarcas e dúvida quanto à extensão da decisão em relação às vendas da COSMED para a APROV

Neste ponto, a embargante alega que o acórdão possui lapso no voto vencedor quanto ao período de vendas realizadas para Hypermarcas e é duvidoso, pois não esclarece se o provimento do recurso quanto à incorreção do procedimento de arbitramento do valor tributável mínimo, ou seja, “para qual período de vendas da COSMED para a HYPERMARCAS deve ser aplicada e se devem ser consideradas também as vendas formalmente efetuadas à APROV, que nas palavras do fiscal autuante *quando no termo nos referimos às vendas feitas à Aprov, elas pertencem, de fato, à Hypermarcas.*”

Em relação ao período de vendas da COSMED para HYPERMARCAS, consta no voto vencedor que a divergência ocorreu em relação às vendas no período de 01/07/2009 a 31/12/2009. Contudo, no Termo de Verificação Fiscal (e-fl. 2112) que houve vendas de janeiro a dezembro de 2009. Assim, parece ter havido, de fato, lapso no voto vencedor quanto ao período mencionado de vendas da COSMED para HYPERMARCAS.

O segundo ponto diz respeito à dúvida quanto à inclusão do procedimento de arbitramento em relação às vendas para a APROV, uma vez que o Termo de Verificação Fiscal – TVF - deixou evidente que as vendas à APROV pertencem, de fato, à HYPERMARCAS, sendo por esta declaradas, conforme e-fl. 2.069 do TVF:

“Conforme já relatado, a Aprov foi incorporada pela Hypermarcas em dezembro de 2008. Portanto, não obstante as vendas da Cosmed terem sido feitas formalmente à Aprov, o fato é que estas receitas foram declaradas pela Hypermarcas. Ou seja, quando no termo nos referimos às vendas feitas à Aprov, elas pertencem, de fato, à Hypermarcas.

Contudo, o voto vencedor menciona apenas a HYPERMARCAS no período de 01/07/2009 a 31/12/2009, deixando dúvidas quanto à aplicação da decisão nas vendas à APROV (01/01/2009 a 30/06/2009), em relação às quais foi efetuado o mesmo procedimento de arbitramento das vendas e 01/07/2009 a 31/12/2009, afastado pelo voto vencedor.

Assim, é necessário esclarecimento quanto à

Solidariedade dos diretores

A embargante alega contrariedade entre a ementa e o voto vencedor, incluindo sua parte dispositiva, quanto ao afastamento da responsabilidade somente em relação ao inciso III do art. 135 do CTN.

CONCLUSÃO

Com base nas razões acima expostas, admito, parcialmente, os embargos inominados para esclarecer o período de vendas no voto vencedor (se 01/01/2009 a 31/12/2009 ou 01/07/2009 a 31/12/2009) e esclarecer se o afastamento do procedimento de arbitramento também se refere às vendas para APROV.

Assim vieram os autos.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ari Vendramini, Relator.

Diante do relatado, duas dúvidas devem ser dirimidas.

A primeira dúvida refere-se ao período em que deve ser afastado o arbitramento, efetuado com fundamento no artigo 138 do RIPI/2002, com relação às vendas da COSMED para a HYPERMARCAS, se no período de 01/01/2009 a 31/12/2009 (quando houve as vendas citadas) ou no período de 01/07/2009 a 31/12/2009.

Visitemos o voto vencedor, com o intuito de esclarecer a dúvida suscitada.

Assim foi redigido o voto vencedor :

Voto Vencedor

Peço vênha para discordar do voto da relatora, no que concerne às seguintes questões:

a) competência da 3ª Seção para julgar o presente feito;

b) adoção do preço praticado pela Hypermarcas com seus clientes como valor tributável para fins do lançamento de ofício de IPI sobre para as vendas da Cosmed para a Hypermarcas, no período de 01/07/2009 a 31/12/2009; e

c) agravamento da multa de ofício e atribuição de responsabilidade solidária tributária à sócia pessoa jurídica Hypermarcas e a diretores desta empresa e da recorrente.

A Hypermarcas detinha 100% das ações da Cosmed, pelo que eram consideradas "interdependentes" para fins de IPI (inciso I do art. 520 do RIPI/02).

Que o somatório das vendas das três filiais (Matriz, Barueri/SP, Taboão da Serra/SP e São Paulo/SP) da Cosmed para a Hypermarcas representou 99% da sua receita bruta.

E que o preço de venda para a Hypermarcas equivalia a 33% do preço que esta praticava no mercado atacadista em que atuava e 30% do observado nas vendas da Cosmed para terceiros.

Com efeito, a fiscalização tituló tal prática comercial de "subfaturamento", a qual estaria inserida no contexto de um "planejamento tributário ilegal e abusivo", cujo objetivo era, exclusivamente, "a economia de tributos", quais sejam, CSL, IRPJ, PIS, COFINS e IPI.

O planejamento teria envolvido diversas operações de cisão e incorporação, com o deslocamento de atividades e unidades industriais (bens, custos e despesas). E as justificativas contidas nos atos societários seriam "subjetivas, abstratas e desvinculadas da realidade dos fatos".

Arbitramento do valor tributável mínimo para o IPI

A Hypermarcas detinha 100% das ações da Cosmed, pelo que eram consideradas "interdependentes" para fins de IPI (inciso I do art. 520 do RIPI/02).

Com isto, a base de cálculo do IPI nas vendas da Cosmed para a Hypermarcas tinha de atender o disposto no inciso I do art. 136 do RIPI/02.

.....
A fiscalização efetuou pesquisas nos mercados onde se localizavam as filiais da Cosmed (Taboão da Serra/SP e Barueri/SP), porém verificou que diversos produtos não eram comercializados naquelas localidades (item 6 do "Termo de Descrição dos Fatos", fl. 2.136).

Para estes casos, então, teria ela de adotar o inciso II do art. 137 do RIPI/02.

.....
Contudo, também não foi possível adotar o inciso II do art. 137, pois concluiu no curso de seus exames que os custos industriais não mereciam fé.

Restou, assim, como única alternativa, o arbitramento (item 6 do "Termo de Descrição dos Fatos", fl. 2.137), previsto no art. 138 do RIPI/02.

"Arbitramento do Valor Tributável

Art. 138. Ressalvada a avaliação contraditória, decorrente de perícia, o Fisco poderá arbitrar o valor tributável ou qualquer dos seus elementos, quando forem omissos ou não merecerem fé os documentos expedidos pelas partes ou, tratando-se de operação a título gratuito, quando inexistir ou for de difícil apuração o valor previsto no art. 133 (Lei n.º 4.502, de 1964, art. 17, e Lei n.º 5.172, de 1966, art. 148)."

§ 1º **Salvo se for apurado o valor real da operação**, nos casos em que este deva ser considerado, o arbitramento tomará por base, sempre que possível, **o preço médio do produto no mercado do domicílio do contribuinte, ou, na sua falta, nos principais mercados nacionais**, no trimestre civil mais próximo ao da ocorrência do fato gerador.

§ 2º Na impossibilidade de apuração dos preços, o arbitramento será feito segundo o disposto no art. 137."

A fiscalização concluiu que houve subfaturamento entre Cosmed e Hypermarcas e que não se eram confiáveis os custos industriais apresentados. E também deduziu que os preços praticados entre as demais empresas do Grupo Hypermarcas não eram reais.

Por isto, viu-se impossibilitada de obter o "valor real da operação".

Buscou-se então o "*preço médio dos produtos no mercado do domicílio*" das filiais da Cosmed.

Contudo, conforme já mencionado, naquelas localidades, não havia produtos idênticos ou similares.

Restou, portanto, uma única alternativa: "*o preço médio do produto (. . .) nos principais mercados nacionais*". E é neste ponto que surgiu minha discordância: foi adotado como preço no mercado nacional o praticado pela Hypermarcas.

Ora, consta no "Termo de Descrição dos Fatos" que a Cosmed industrializava e vendia, no atacado, para a Hypermarcas, produtos sem a marca comercial esta última apunha as marcas e os revendia para outras atacadistas.

Isto é, Cosmed e Hypermarcas participavam da mesma cadeia produtiva, porém em etapas distintas, com estruturas próprias e distintas de custos industriais e administrativos e, naturalmente, suas vendas não eram realizadas no mesmo mercado.

Assim sendo, reputo que a fiscalização não aplicou corretamente o disposto no §1º do art. 138 do RIPI/02, pois não apurou o "preço médio do mercado nacional" da Cosmed, tendo, por outro lado, adotado o preço médio da Hypermarcas, que operava em mercado absolutamente distinto. Por conseguinte, voto pelo cancelamento do crédito tributário de IPI correspondente.

Prossigo com o correspondente excerto dos embargos (fls. 4.104 a 4.107):

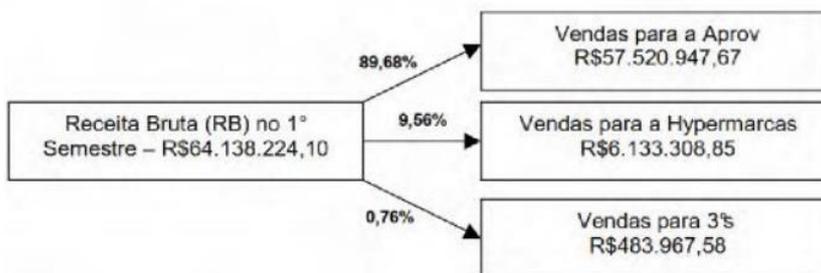
“- Exigência referente aos valores arbitrados

No lançamento, há adoção de valores arbitrados na apuração de IPI nas vendas efetuadas pelo contribuinte tanto para a APROV quanto para a HYPERMARCAS, sendo o cálculo do tributo feito de forma separada quando às vendas do contribuinte para cada uma delas.

Conforme se extrai do termo de verificação fiscal, o lançamento de IPI foi efetuado a partir das saídas de produtos do estabelecimento da COSMED para a APROV, de 01/2009 a 06/2009, e para a HYPERMARCAS, no período 01/2009 a 12/2009, neste caso com maior concentração a partir de 07/2009 (fls. 2112-2113).

Ainda de acordo com o texto em comento, na fl. 2069, apesar das vendas da COSMED terem sido feitas formalmente para a APROV e para a HYPERMARCAS no primeiro semestre de 2009, é ressaltada a ocorrência de incorporação da APROV pela HYPERMARCAS anteriormente, em dezembro de 2008:

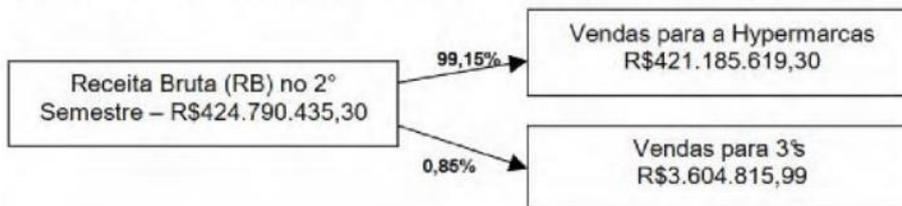
Neste semestre, quase que a totalidade das vendas da Cosmed (CNPJ 61.082.426/0001-26) foi feita à Aprov (pessoa jurídica que comercializava a produção da Niasi) e à Hypermarcas:



Conforme já relatado, a Aprov foi incorporada pela Hypermarcas em dezembro de 2008. Portanto, não obstante as vendas da Cosmed terem sido feitas formalmente à Aprov, o fato é que estas receitas foram declaradas pela Hypermarcas. Ou seja, quando no termo nos referirmos às vendas feitas à Aprov, elas pertencem, de fato, à Hypermarcas.

No segundo semestre, a maior parte das vendas foi feita à HYPERMARCAS (fl. 2072):

Da mesma forma que no semestre anterior, quase que a totalidade das vendas da Cosmed, nos 3 (três) estabelecimentos industriais³, foram feitas à Hypermarcas (pessoa jurídica que comercializou a produção da Cosmed):



Observe-se acima a informação que a maior parte das vendas do segundo semestre foi à HIPERMARCAS, como havia ocorrido no semestre anterior, ou seja, considerando que as vendas à APROV equivalem a vendas à HYPERMARCAS.

No item 6 (fl. 2132 e seguintes) do termo de verificação fiscal, há a explicação de como o valor mínimo tributável foi determinado, para as vendas feitas à APROV (planilha da fl. 1978) e para a HYPERMARCAS (planilha da fl. 1979):

Destarte, nos casos em que os produtos vendidos pela Cosmed a Hypermarcas não possuem um similar (com as mesmas características e especificidade) revendidos pelas atacadistas domiciliadas na praça do estabelecimento da Cosmed (remetente dos produtos), será arbitrada a base de cálculo, de forma a apurar o valor mínimo tributável com base no preço médio do produto, nos principais mercados nacionais, no trimestre civil mais próximo ao da ocorrência do fato gerador.

Com efeito, tendo em vista que restou comprovado que os preços praticados pela Hypermarcas representavam os preços praticados no mercado, consideramos como preço médio nos principais mercados nacionais o preço médio praticado pela Hypermarcas, principal revendedora dos produtos produzidos pela Cosmed.

Desta forma, apuramos o valor mínimo tributável relativo aos produtos, submetidos ao regime monofásico das contribuições PIS/COFINS, vendidos pela Cosmed à Hypermarcas:

- Vendas da Filial 0001-26 (Taboão da Serra) para a Hypermarcas – fl. 1979;
- Vendas da Filial 0001-26 (Taboão da Serra) para a Aprov – fl. 1978;

Com efeito, para se obter o valor mínimo tributável (base de cálculo do IPI), procedemos da seguinte forma:

- a) apuração do preço médio mensal de cada produto vendido (PMA)²⁷;
- b) obtenção do Valor Mínimo Tributável (VMT): multiplicação do preço médio apurado (PMA) pela quantidade de cada produto vendido pela Cosmed à Hypermarcas/Aprov;
- c) IPI devido: multiplicação do VMT pela alíquota de cada produto vendido.

²⁷ PMA – menor preço unitário praticado pelas atacadistas da praça do remetente (mês precedente ou anterior, se for o caso) ou, no caso de as atacadistas não revenderem produtos com as mesmas características, o preço praticado pela Hypermarcas no trimestre civil mais próximo à ocorrência do fato gerador.

E conclui:

Portanto, multiplicando-se o Valor Mínimo Tributável (VMT) pela alíquota do IPI, chega-se ao IPI devido na operação de saída (produtos submetidos à tributação monofásica) – fls. 1978/1979.

O IPI apurado pela fiscalização foi consolidado no demonstrativo de fl. 1981, oportunidade em que foram somados o IPI devido, mensalmente, de todos os produtos vendidos pela Cosmed para a Hypermarcas e para a Aprov:

➤ **IPI APURADO PELA FISCALIZAÇÃO – Estabelecimento Filial 61.082.426/0001-26:**

Particip.	SAÍDAS COM DÉBITO - IPI											
	jan/09	fev/09	mar/09	abr/09	mai/09	jun/09	jul/09	ago/09	set/09	out/09	nov/09	dez/09
Hyperm	9,00	787,04	-	-	68.920,31	1.145.988,16	7.466.395,55	7.239.341,68	10.677.723,85	8.509.070,87	7.196.258,61	8.995.031,07
Aprov	3.207.525,04	3.001.532,50	4.704.699,49	4.176.442,15	4.686.932,31	5.836.427,45	-	-	-	-	-	-
TOTAL	3.207.534,04	3.002.319,54	4.704.699,49	4.176.442,15	4.755.852,61	6.982.415,61	7.466.395,55	7.339.341,68	10.677.723,85	8.509.070,87	7.196.258,61	8.995.031,07

Cotejando o IPI apurado pela fiscalização com o IPI apurado pela fiscalizada, nas saídas dos produtos (abaixo relacionado), obtemos o IPI devido que deixou de ser destacado em razão das infrações apuradas pela fiscalização (erro de classificação fiscal e saídas de produtos para empresas interdependentes sem a observância do Valor Mínimo Tributável).

➤ **IPI APURADO PELA FISCALIZADA – Estabelecimento Filial 61.082.426/0001-26:**

SAÍDAS COM DÉBITO - IPI											
jan/09	fev/09	mar/09	abr/09	mai/09	jun/09	jul/09	ago/09	set/09	out/09	nov/09	dez/09
1.066.832,61	993.682,43	1.441.862,44	1.442.621,49	1.568.401,67	2.088.090,92	2.219.899,35	2.272.474,93	3.102.004,15	2.677.886,52	2.782.129,01	2.985.178,53

Obs: Débitos obtidos de acordo com o RAIPI (demonstrativo de fl. 1982) e DIPJ – fls. 44/100

➤ **IPI DEVIDO - DIFERENÇA DE IPI (VALORES APURADOS PELA FISCALIZAÇÃO X FISCALIZADA):**

SAÍDAS COM DÉBITO - IPI											
jan/09	fev/09	mar/09	abr/09	mai/09	jun/09	jul/09	ago/09	set/09	out/09	nov/09	dez/09
2.140.704,43	2.008.727,41	3.262.707,05	2.733.820,66	3.187.460,94	4.894.324,69	5.246.505,19	5.066.886,75	7.575.722,70	5.631.184,35	4.414.129,60	6.009.852,54

Portanto, houve vendas para a HYPERMARCAS tanto no primeiro quanto no segundo semestre de 2009, bem como o procedimento de arbitramento com base no art. 138 do RIPI/02, cuja aplicação foi julgada incorreta pelo acórdão ora embargado, foi adotado nas vendas formais realizadas à APROV e à HYPERMARCAS, conforme as citadas planilhas das fls. 1978 e 1979.

Assim, a questão que se busca esclarecer é a abrangência da decisão de cancelamento do IPI correspondente ao arbitramento, ou seja, para qual período de vendas da COSMED para a HYPERMARCAS deve ser aplicada e se devem ser consideradas também as vendas formalmente efetuadas à APROV, que nas palavras do fiscal atuante quando no termo nos referimos às vendas feitas à Aprov, elas pertencem, de fato, à Hypermarcas.”

A alegação da embargante procede.

De acordo com o item 6 do “Termo de Descrição dos Fatos” (fls. 2.132 a 2.139), em relação a alguns produtos, a fiscalização não encontrou idênticos ou similares no “mercado atacadista da praça do remetente”, pelo que não pôde aplicar o inc. I do art. 136 do RIPI/02.

Como considerou não confiáveis os custos de produção, ficou também impossibilitada de adotar a alternativa ao inc. I do art. 136, qual seja, o inciso II do art. 137. Se viu então obrigada a seguir o acima transcrito § 1º do art. 138 e arbitrar o valor tributável para o IPI. Foi então suscitada a divergência que ao fim prevaleceu (trecho do voto vencedor):

“(. . .)

Ora, consta no "Termo de Descrição dos Fatos" que a Cosmed industrializava e vendia, no atacado, para a Hypermarcas, produtos sem a marca comercial - esta última apunha as marcas e os revendia para outras atacadistas. Isto é, Cosmed e Hypermarcas participavam da mesma cadeia produtiva, porém em etapas distintas, com estruturas próprias e distintas de custos industriais e administrativos e, naturalmente, suas vendas não eram realizadas no mesmo mercado.

Assim sendo, reputo que a fiscalização não aplicou corretamente o disposto no §1º do art. 138 do RIPI/02, pois não apurou o "preço médio do mercado nacional" da Cosmed, tendo, por outro lado, adotado o preço médio da Hypermarcas, que operava em mercado absolutamente distinto. Por conseguinte, voto pelo cancelamento do crédito tributário de IPI correspondente.”

A embargante apontou lapso manifesto e obscuridade no corpo do voto vencedor e no dispositivo.

Teriam centrado a discordância quanto ao critério fiscal adotado para vendas realizadas somente para a HYPERMARCAS e no período de 01/07/2009 a 31/12/2000. Reproduzo o trecho inicial do voto vencedor e parte do dispositivo:

Voto vencedor “

(. . .) - adoção do preço praticado pela Hypermarcas com seus clientes como valor tributável para fins do lançamento de ofício de IPI sobre para as vendas da Cosmed para a Hypermarcas, no período de 01/07/2009 a 31/12/2000; e
(. . .)”

Dispositivo “

(. . .) No mérito, acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, dar parcial provimento para afastar a) a exigência referente aos valores arbitrados, (. . .)”

De fato, o voto deve ser alterado.

A base de cálculo do lançamento de ofício do IPI foi tratada no item 6 do “Termo de Descrição dos Fatos” (fls. 2.132 a 2.139). Nas fls. 2.135 e 2.136, indica para quais vendas adotou como base de cálculo o contestado preço médio praticado pela Hypermarcas:

“(. . .) O art. 137, supra, determina que inexistindo o preço corrente no mercado atacadista, tomar-se-á por base de cálculo o custo de fabricação acrescido dos demais custos (financeiros, comerciais, administrativos, lucro etc.).

(. . .) Ou seja, os custos de fabricação acrescidos dos demais custos não servem de base para fins de apuração do valor mínimo tributável. Nestes casos o Decreto nº 4.544/2002, em seu art. 138, determina que o fisco poderá arbitrar o valor tributável ou qualquer de seus elementos, quando os documentos expedidos pelas partes não mereçam fé:

(. . .) Com efeito, tendo em vista que restou comprovado que os preços praticados pela Hypermarcas representavam os preços praticados no mercado, consideramos como preço médio nos principais mercados nacionais o preço médio praticado pela Hypermarcas, principal revendedora dos produtos produzidos pela Cosmed.

Desta forma, apuramos o valor mínimo tributável relativo aos produtos, submetidos ao regime monofásico das contribuições PIS/COFINS, vendidos pela Cosmed à Hypermarcas:

- Vendas da Filial 0001-26 (Taboão da Serra) para a Hypermarcas – fl. 1979;

- Vendas da Filial 0001-26 (Taboão da Serra) para a Aprov – fl. 1978;

(. . .)” (g.n.)

E na fl. 2.139, apresenta quadro, demonstrando que houve lançamentos de IPI para todos os períodos de apuração do ano de 2009, sendo que, de janeiro a junho, relativos às vendas para a APROV e HYPERMARCAS, e, de julho a dezembro, às vendas para a HYPERMARCAS:

“(. . .) O IPI apurado pela fiscalização foi consolidado no demonstrativo de fl. 1981, oportunidade em que foram somados o IPI devido, mensalmente, de todos os produtos vendidos pela Cosmed para a Hypermecas e para a Aprov: -

IPI APURADO PELA FISCALIZAÇÃO – Estabelecimento Filial 61.082.426/0001-26:

Particip.	SAÍDAS COM DÉBITO - IPI											
	jan/09	fev/09	mar/09	abr/09	mai/09	jun/09	jul/09	ago/09	set/09	out/09	nov/09	dez/09
Hyperm	9,00	787,04	-	-	68.930,31	1.145.988,16	7.466.395,55	7.339.341,68	10.677.723,85	8.509.070,87	7.196.258,61	8.995.031,07
Aprov	3.207.525,04	3.001.532,50	4.704.699,49	4.176.442,15	4.686.932,31	5.836.427,45	-	-	-	-	-	-
TOTAL	3.207.534,04	3.002.319,54	4.704.699,49	4.176.442,15	4.755.862,61	6.982.415,61	7.466.395,55	7.339.341,68	10.677.723,85	8.509.070,87	7.196.258,61	8.995.031,07

(. . .)”

Conclusão

Neste diapasão, voto por acolher os embargos inominados opostos pelo Delegado da Receita Federal – DERAT/São Paulo, com efeitos infringentes, para declarar que deve ser cancelado o lançamento de ofício de IPI calculado com base no art. 138 do RIPI/02 e em relação às vendas realizadas pela Cosmed para a Aprov, no período de 01/01/2009 a 30/06/2009, e para a Hypermecas, no período de 01/01/2009 a 31/12/2009.

É como voto

(documento assinado digitalmente)

Ari Vendramini