

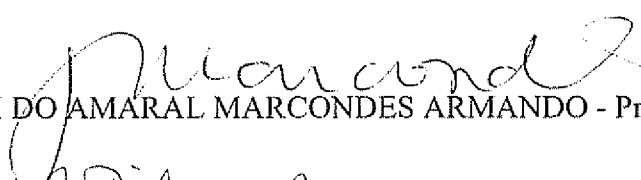


MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 10480.030255/99-08
Recurso nº 337.807
Resolução nº 3201-00.140 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Data 30 de junho de 2010
Assunto Solicitação de diligência
Recorrente LABORTECNE LTDA.
Recorrida DRJ RECIFE/PE

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

RESOLVEM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, converter o julgamento do recurso voluntário em diligência, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.


JUDITH DO AMARAL MARCONDES ARMANDO - Presidente


MARCELO RIBEIRO NOGUEIRA - Relator

FORMALIZADO EM: 15 de agosto de 2010.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Judith do Amaral Marcondes Armando, Mércia Trajano D'Amorim, Luciano Lopes de Almeida Moraes, Marcelo Ribeiro Nogueira, Ricardo Paulo Rosa e Tatiana Midori Migiyama (Suplente).

Relatório

Adoto o relatório da decisão de primeira instância por entender que o mesmo resume bem os fatos dos autos até aquele momento processual:

Trata-se de auto de infração lavrado contra o contribuinte acima qualificado, através do qual foi constituído crédito tributário de Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, no valor de R\$ 1.583.615,68, relativo ao período compreendido entre janeiro de 1995 a dezembro de 1996.

2 No campo “Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal”, constam registradas as seguintes informações, ao final tipificadas:

2.1 “1 – OPERAÇÃO COM ERRO DE CLASSIFICAÇÃO FISCAL E/OU ALÍQUOTA” Segundo as autoridades autuantes, o estabelecimento industrial promoveu a saída de produtos tributados com falta de lançamento do IPI por erro de classificação fiscal e alíquota, relativamente aos produtos denominados “Pastilha Sanitária TRI-D” e “Solução Anti-séptica a Base de Acetona Tigre”, conforme detalhado no Termo de Encerramento da Ação Fiscal,

2.2 “2 – CRÉDITO BÁSICO INDEVIDO” O estabelecimento industrial não recolheu o IPI por ter se utilizado de créditos indevidos, conforme descrito no Termo de Encerramento da Ação Fiscal. No Demonstrativo de Glosas de Crédito do IPI, estão relacionadas notas fiscais de entradas, escrituradas no Livro de Registro de Entradas, que se referem a insumos utilizados na fabricação de produtos tributados à alíquota zero.

3 No Termo de Encerramento da Ação Fiscal, acostado às fls. 513/521, as autoridades autuantes consignaram, dentre outras informações, as seguintes:

Operações com erro de classificação e alíquota

3.1. Pastilha Sanitária TRI-D, classificado nas posições 3402.20.0199 (alíquota zero) e 2707.50.9900 (alíquota zero). Contudo, devia ter sido classificado na posição 3808.40.0100 (alíquota de 30%) da Tabela de IPI (TIPI), de acordo com o texto da posição e da Nota 2 da Seção VI, nos termos da Regra Geral de Interpretação (RGI) nº 1 e, subsidiariamente, nas Notas Explicativas do Sistema Harmonizado de Designação e Codificação de Mercadorias (NESH), além do Parecer COSIT (DINOM) nº 1.255/95;

3.2. Solução Anti-séptica a Base de Acetona Tigre: classificado na posição 3905.10.9900 (alíquota zero). Devia ter sido classificado na posição 3304.30.0300 (alíquota de 30%), de acordo com a Nota 2 da Seção VI, a Nota 3 do Capítulo 33 e no texto da posição 3304, nos termos da RGI nº 1, entendimento corroborado pelas NESHs referentes à posição, pelos Acórdãos do 2º Conselho de Contribuintes nºs 201-70188 e 203-00804 e pelo Parecer Simples nº 251/93. O Instituto de Tecnologia do Estado de Pernambuco – ITEP apresentou o Relatório Técnico nº 168.867, de 25/10/1999 (fls. 511/512), no qual atesta que a simples presença de acetona na sua composição o torna

inadequado como solução anti-séptica de uso tópico por causar danos à pele,

Crédito Básico Indevido

3.3 Valores do imposto relativo a aquisições de matéria-prima e material de embalagem empregados na fabricação de produtos tributados à alíquota zero foram indevidamente aproveitados como créditos, pelo que compõem o valor exigido no auto de infração.

4 No prazo legal, o contribuinte apresentou impugnação ao lançamento (fls. 527/554), na qual aduz, em síntese, depois de relatar os fatos:

PRELIMINAR DE NULIDADE POR VÍCIO FORMAL

4.1 O auto de infração foi lavrado com desobediência ao art. 10 do Decreto nº 70.235, de 1972, uma vez que não houve menção à disposição legal infringida. Quando da análise do produto Solução Anti-séptica a Base de Acetona Tigre, não se lhe deu oportunidade para formular quesitos, e a composição química da Pastilha Sanitária TRI-D não teve a sua composição química examinada pelos autuantes;

MÉRITO

Pastilha sanitária TRI-D

4.2 Concorda com a classificação da pastilha sanitária na posição 3808, como desinfetante (não seria detergente), mas discorda da atribuição ao produto de propriedades odoríferas acessórias aromatizantes de ambientes, já que, para o produto desta posição, sem tais propriedades, a alíquota seria zero;

4.3 O produto é composto de 98% de para-diclorobenzeno, com propriedades desinfetantes e inseticífugas, de uso em vasos sanitários. A sua composição é a seguinte, conforme laudo fornecido pelo Instituto Adolfo Lutz (fl. 572): óleo essencial de eucalipto citriodora (2g); eritrosina (corante; 0,02g); para-diclorobenzeno (qsg. 100g). Possui proporções tímidas de eucalipto, não tendo funções aromatizantes de ambientes, uma vez que exala o odor do para-diclorobenzeno, que é apenas atenuado pelo eucalipto. O Parecer Simples apresentado não serve de paradigma, pois trata de produto cuja composição não guarda qualquer semelhança com o produto em questão;

Solução Anti-séptica a Base de Acetona Tigre

4.4 A solução possui cloreto de benzalcônio, substância utilizada para a desinfecção de pele, limpeza de membranas mucosas e esterilização de instrumentos, em quantidade suficiente para dar características anti-sépticas para uso tópico. Existe na farmacopéia indicação do uso da acetona como solução anti-séptica (fl. 602). O laudo do ITEP foi precário,

4.5 A solução não é utilizada como removedor de esmalte para unhas, posto que a sua composição não apresenta propanoma. Deveria classificar-se na subposição 3004.90, relativa a "Outros medicamentos

para venda a retalho", em vista a RGI n.º 3 (posição mais específica prevalece sobre a mais genérica);

4.6 Não existe autorização, na licença de funcionamento expedida pelo Departamento da Polícia Federal, para a empresa manipular produtos cosméticos ou removedores de esmalte,

Princípio da seletividade do IPI

4.7 Os produtos desinfetantes e anti-sépticos, por serem importantes à saúde dos indivíduos, são indispensáveis à sua sobrevivência, o que os torna essenciais, sujeitos à alíquota zero do IPI (art. 153, §3º, I, da CF),

Glosa do crédito Fiscal

4.8 A aplicação do princípio da não-cumulatividade decorre de expressa e exclusiva determinação constitucional, não havendo razão para que o crédito só possa ser mantido caso o produto final seja tributado, gerando débito de IPI, consoante o art. 155, §3º, da CF;

Inaplicabilidade dos juros Selic e da multa de ofício

4.9 A exigência de juros Selic é inconstitucional, nos termos do art. 192, §3º, do CTN. A multa de ofício exigida no lançamento é confiscatória (cita decisões judiciais para embasar as alegações)

5 Ao final, requer o acatamento da preliminar de nulidade, ou, caso assim não se entenda, das alegações sobre as classificações dos produtos, o reconhecimento do aproveitamento dos créditos e o afastamento da taxa Selic. Requer, ainda, a realização de perícia, para a qual indicou assistente técnico e formulou quesitos.

6 Por meio do Acórdão DRJ/REC n.º 558, de 27/03/2001, esta DRJ considerou procedente o lançamento (fls. 661/679).

7 O MM. Juiz da 9ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco deferiu liminar em Mandado de Segurança ajuizado pelo contribuinte, confirmando-a posteriormente na sentença (Processo n.º 2001.83.00016969-2 – fls. 716/719), para que a autoridade impetrada adotasse as medidas necessárias à realização da perícia requerida, determinando, ainda, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário lançado (fls. 711/713).

8 Realizada a perícia pelo ITEP, conforme Parecer Técnico n.º 002.260, de 19/04/2004 (fls. 744/746).

9 Em decorrência da perícia, a Delegacia da Receita Federal, através de uma das autoridades autuantes, lavrou Termo de Informação Fiscal, através do qual reafirma as classificações propostas no auto de infração e intima o contribuinte para se manifestar, no prazo de 30 (trinta) dias, sobre o seu resultado e sobre as informações expendidas no referido Termo (fls. 748/756).

10 O contribuinte, então, compareceu novamente aos autos, através da petição de fls. 756/768, por meio da qual requereu, ao final, a

improcedência do auto de infração e consignou as seguintes informações:

Impossibilidade de realização da perícia na Solução Anti-séptica à Base de Acetona

10.1 A perícia versou tão-somente sobre a composição química da Pastilha Sanitária TRI-D, restando excluída a Solução Anti-séptica à Base de Acetona, em virtude de não ser mais fabricada pela empresa. Embora a Administração Fiscal houvesse sido intimada, em 01/10/2001, a promover a realização da perícia, manteve-se inerte por três anos consecutivos, havendo cumprido a determinação judicial somente em 19/04/2004.

10.2 Apresenta-se absolutamente impertinente a argumentação da autoridade fiscal de que este fato em nada prejudica a classificação do produto tendo em vista as informações consignadas no processo. A decisão administrativa a qual se reporta foi considerada nula, havendo sentença determinando que seja proferida nova decisão com base na perícia requerida;

10.3. O julgador concluiu que a própria Administração reconheceu ser necessária a manifestação de um expert, tanto que solicitou ao ITEP a elaboração de análises químicas, sem que fosse observado o devido processo legal, na medida em que não foi intimado a apresentar quesitos e indicar assistente técnico;

10.4. A sentença foi mantida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região;

10.5. A realização da análise química sem a participação da empresa motivou a decretação de nulidade da decisão administrativa prolatada nos autos, por violação ao devido processo legal. Não foi permitido apresentar quesitos e indicar assistente técnico;

10.6. A inércia da Fazenda Pública contrariou os princípios da eficiência e da razoabilidade;

10.7. Não se pode obrigar a empresa a permanecer fabricando a solução anti-séptica, tão-somente para ficar ao dispor da administração pública para que esta, quando bem entendesse, promovesse a realização da perícia;

10.8. Tratando-se o lançamento de atividade administrativa plenamente vinculada, "no momento em que a desclassificação da mercadoria da Defendente se deu em face do resultado de perícia técnica declarada nula pelo Poder Judiciário, e houve mora injustificada para que fosse promovida nova perícia, forçoso é concluir pela improcedência da ação fiscal";

10.9. Após inviabilizar a realização de nova perícia, com a garantia do devido processo legal, a Fazenda Pública quer "lidimar uma perícia escoimada de vício, cuja nulidade foi reconhecida pelo Poder Judiciário";

A perícia realizada pelo ITEP

10.10. A autoridade fiscal classificou o produto "Pastilha Sanitária Tri-D" como desinfetante com propriedades acessórias odoríferas de desodorantes de ambientes. Sustentou que o produto teria como função destruir de maneira irreversível bactérias, vírus e outros mecanismos indesejáveis que se encontram em objetos inertes, bem como possuiria, em sua composição, óleo de eucalipto, caracterizando propriedade odorífera;

10.11. Ora, restou evidente no Parecer Técnico que a fiscalização errou a classificação do produto, posto que, nos termos do laudo apresentado pelo ITEP, o odor preponderante é o de para-diclorobenzeno, característico de naftalina. Acrescenta que a proporção de para-diclorobenzeno no produto é de 499.13 partes para uma parte de óleo de eucalipto, razão suficiente para deduzir que o óleo de eucalipto não empresta ao produto final a propriedade de desodorizar e perfumar ambientes;

10.12. Contudo, quando define qual a função desempenhada pelo para-diclorobenzeno, o laudo do ITEP, utilizando-se da Portaria n.º 15, de 23/08/1988, assevera que tal substância é princípio ativo para uso de informações desodorizantes. Em seguida, define como desodorizantes substâncias que têm na composição outras substâncias microbidas ou microbiostáticas capazes de controlar os odores desagradáveis advindos do metabolismo microrgânico, inibindo o crescimento e a multiplicação de organismos,

10.13. Tais informações são suficientes para deduzir que a pastilha sanitária não tem propriedades odoríferas (perfumantes de ambientes), posto que o odor preponderante é o de para-diclorobenzeno (naftalina), tendo a essência de eucalipto a função de modelar o odor forte e desagradável. A autoridade fiscal, contudo, mantém a sua classificação, alegando que, muito embora a pastilha sanitária não possua propriedades odoríferas, é desodorizante de ambientes,

A imprecisão da tabela de classificação fiscal

10.14. A TIPI descreve "desinfetantes com propriedades acessórias odoríferas de desodorizantes de ambientes". É claro que se trata de desinfetante com propriedade de desodorizar ambientes, exalando um perfume que, na hipótese, caso se prestasse a tal função, seria supostamente o odor de essência de eucalipto. A mesma TIPI indica, na posição 3808, a expressão "ex", referindo-se, portanto, a existência de uma exceção, ao contrário do que apregoa a autoridade fiscal que, além de desconhecer as regras de classificação, desconhece a própria legislação de regência;

10.15. Ainda que não consignasse a expressão "ex", a subdivisão do desinfetante entre as categorias "com propriedades odoríferas e desodorizante de ambientes" e a categoria genérica "outros" indica que a primeira categoria guarda exceção à regra consignada na segunda,

10.16. Salta aos olhos que, apesar das várias modificações que sofreu o Decreto n.º 97.410/88, o mesmo sempre guardou correlação entre as propriedades odoríferas e desodorizantes, sendo estas consequência daquelas;

10.17 Para que não parem dúvidas quanto às ilações apresentadas, o Decreto nº 4.542, de 26/12/2002, ao referir-se à posição 3808.40, mantém a exceção, indicando que, além de propriedades odoríferas ou desodorizantes de ambientes, o produto deverá apresentar embalagem do tipo aerossol. É evidente que a intenção, no momento em que o Decreto acrescentou a especificação que o produto deveria vir com a embalagem aerossol, foi espantar dúvidas acerca do que significa desodorizante de ambientes,

A impropriedade do Parecer COSIT (DINOM) nº 1.255/95

10.18 É extravagante a assertiva da autoridade fiscal de que, muito embora o produto tratado no Parecer COSIT (DINOM) nº 1.255/95 tenha composição química diversa da pastilha sanitária Tri-D, serve tranqüilamente como paradigma para a classificação fiscal do produto. Para tal absurdo, consideraram-se as semelhanças das propriedades morfológicas existentes entre ambos, o que é claro, não são suficientes para torná-los semelhantes, “mormente quando o primeiro possui propriedades odoríferas flagradas no alto teor de essências perfumantes na sua fórmula”, ao contrário da Pastilha Tri-D. Afirmar irrelevante que a composição química de ambos seja semelhante é desprezar a necessidade de perícia técnica, que, inclusive, demonstrou que o produto não possui propriedades acessórias odoríferas de desodorização de ambientes,

A classificação da pastilha sanitária Tri-D na tabela da TIPI

10.19 Não há como sustentar que a pastilha sanitária guarda alguma relação com desinfetantes com propriedades odoríferas ou desodorizantes de ambientes. As informações impressas na embalagem informam ao consumidor tão-somente que o produto “desodoriza” e deve ser fixado em vaso sanitário, enquanto a expressão “ambiente” surgiu exclusivamente dos devaneios da autoridade fiscal;

10.20 Não há qualquer referência à desodorização de ambientes, razão pela qual se trata de pura fantasia achar que o produto irá desfazer odores desagradáveis que emanam, voláteis, dos corpos que utilizam o “ambiente”. Portanto, constitui mera retórica dissociada da realidade as alegações do Termo de Informação Fiscal de que empresa havia prometido ao consumidor perfumar o ambiente com cheiro de eucalipto;

10.21 De acordo com o laudo técnico, a proporção existente entre o para-diclorobenzeno e a essência de eucalipto na pastilha sanitária desclassifica o seu uso para perfumar ambientes. Mesmo que se admitisse que a pastilha teria propriedades desodorizantes, vale lembrar que a mesma não serve para ambientes, mas apenas para vasos sanitários;

10.22 Na própria legislação da ANVISA (Agência de Vigilância Sanitária), no RDC nº 184, de 22/10/2001, ao tratar de produtos dormissanitários, classificam-se os desodorantes em ambientais e para aparelhos sanitários, havendo o produto em testilha sido registrado nesta última categoria,

10.23. Assim, quando a legislação fiscal se refere a desodorantes, reporta-se àqueles produtos capazes de controlar odores desagradáveis, que, na hipótese de classificação 3808.40.0100 da TIPI, refere-se a produtos utilizados nos recintos e na forma de aerossol. Na hipótese de vir a ser utilizado nos vasos sanitários, a pastilha em questão deve ser classificada como 3808.40.0000, à alíquota zero, pois não guarda qualquer finalidade de desodorizar ambientes

A decisão recorrida recebeu de seus julgadores a seguinte ementa:

Assunto: Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI

Período de apuração: 01/01/1995 a 31/12/1996

Ementa: CLASSIFICAÇÃO FISCAL ERRO LANÇAMENTO DO IMPOSTO DEVIDO.

A saída de produtos tributados de estabelecimento industrial com erro de classificação fiscal enseja o lançamento do imposto devido

CRÉDITO INSUMOS PRODUTO FINAL TRIBUTADO À ALÍQUOTA ZERO LEI Nº 9.779/99

Até o advento da Lei nº 9.779/99, a aquisição de insumos para emprego na industrialização de produto tributado com alíquota zero não ensejava o creditamento do imposto

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 01/01/1995 a 31/12/1996

Ementa: ARGÜIÇÃO DE ILEGALIDADE INCONSTITUCIONALIDADE INCOMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS PARA APRECIÇÃO.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no país, sendo incompetentes para a apreciação de argüições de ilegalidade/inconstitucionalidade de atos legais regularmente editados.

Lançamento procedente.

O contribuinte, restando inconformado com a decisão de primeira instância, apresentou recurso voluntário no qual ratifica e reforça os argumentos trazidos em sua peça de impugnação.

Os autos foram enviados ao antigo Terceiro Conselho de Contribuintes e distribuída ao ilustre Conselheiro João Luiz Fregonazzi, que votou pela conversão do julgamento diligência e foi acompanhado pela unanimidade dos membros da antiga Primeira Câmara daquele Conselho, nos seguintes termos:

Assim sendo, o julgamento deve ser convertido em diligência para que se dê continuidade à perícia nos moldes em que realizada anteriormente, conforme doc. De fls. 712 e seguintes, com os quesitos elaborados às fls. 713 e 714, pelo Instituto de Tecnologia de Pernambuco – ITEP. A composição química do produto não deve ser

analisada, pois foi aceita pela fiscalização aquela informada pela própria recorrente.

O Instituto de Tecnologia de Pernambuco – ITEP, instado pela autoridade preparadora, se manifesta às fls. 881 a 883, reportando-se e ratificando as respostas constantes do Relatório Técnico nº 168.867, de 25 de outubro de 1999, com exceção da resposta ao quesito D6, considerado novo pelo técnico responsável.

Veio aos autos Termo de Informação Fiscal, com considerações da fiscalização acerca do resultado da diligência (fls. 891 a 897) e, intimada a recorrente, esta se manifestou acerca da diligência em fls. 905 a 932.

Retornaram os autos ao antigo Terceiro Conselho de Contribuintes, estando o Conselheiro João Luiz Fregonazzi licenciado, fui designado como relator do presente recurso voluntário, na forma regimental.

Tendo sido criado o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, pela Medida Provisória nº 449, de 03 de dezembro de 2008, e mantida a competência deste Conselheiro para atuar como relator no julgamento deste processo, na forma da Portaria nº 41, de 15 de fevereiro de 2009, requisitei a inclusão em pauta para julgamento deste recurso.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro MARCELO RIBEIRO NOGUEIRA, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos requisitos legais de admissibilidade, portanto dele tomo conhecimento.

Não parece a este relator que a decisão judicial foi adequadamente atendida nestes autos, isto porque não foi realizada a prova pericial, já que o laudo técnico foi realizado pelo mesmo laboratório do laudo anterior, configurando simples complementação e reportando-se ao laudo anterior.

Considerando que não há controvérsia sobre a composição dos produtos a classificar, pois o Fisco adotou a composição informada pelo próprio contribuinte como real e este não pode alegar que o seu técnico responsável atuou em falso e ainda como passados tantos anos qualquer amostra do produto seria inservível, julgo desnecessária a retirada de novas amostras do produto.

Desta forma, VOTO por converter novamente o julgamento em diligência para que a autoridade preparadora providencie a intimação do recorrente desta decisão e, para no prazo de 20 (vinte) dias, trazer aos autos (i) cópia das embalagens usadas para a comercialização dos produtos em exame; (ii) cópia da AFE – Autorização de Funcionamento de Empresa que lhe foi concedido pela ANVISA, se for o caso; (iii) cópia das Notificações dos produtos na forma das RDCs ANVISA nº 211/2005, 79/00, 335/99 e 343/05, conforme o caso, para o período fiscalizado, informando para cada produto o grau em que o mesmo foi

notificado e apresentando a respectiva justificativa técnica; e, se quiser, (iv) indique assistente técnico para acompanhar o novo laudo técnico que será produzido.

Após a resposta do contribuinte ou o decurso do prazo acima fixado sem esta resposta, a autoridade preparadora deverá providenciar novo laudo técnico, feito pelo LABANA, no qual se responda os quesitos formulados pelo contribuinte em sua impugnação (fls. 553 e 554), considerando os produtos como aqueles descritos pelo Farmacêutico Responsável do próprio contribuinte às fls. 79 e 80, Dr. Antonio José de Lima (CRF nº 0792), acrescidos dos quesitos formulados pela fiscalização (fls. 725 e 726), concretizando-se assim a prova pericial técnica determinada pela decisão judicial obtida pelo contribuinte nos autos do processo nº 2001.83.00016969-2 (fls. 716/719).

Por fim, após a perícia e a juntada da respectiva resposta do LABANA, intime-se o recorrente para, querendo, apresentar seus comentários acerca da prova produzida, facultando-lhe juntada de laudo crítico, assinado por técnico legalmente habilitado, no prazo de 30 (trinta) dias.

Decorrido este prazo e juntada a manifestação do contribuinte aos autos, se houver, retornem os autos a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, devendo a secretaria providenciar a intimação da douta Procuradoria da Fazenda Nacional para se manifestar no prazo de 30 (trinta) dias sobre o resultado da nova perícia realizada e a manifestação do contribuinte.

Após retornem os autos a este relator, para continuidade do julgamento.

É como voto.


MARCELO RIBEIRO NOGUEIRA