



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA**

Processo nº 10830.001146/97-13
Recurso nº 130.777 Voluntário
Matéria IPI/CLASSIFICAÇÃO FISCAL
Acórdão nº 303-35.120
Sessão de 27 de fevereiro de 2008
Recorrente BUCKMAN LABORATÓRIOS LTDA.
Recorrida DRJ-RIBEIRÃO PRETO/SP

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI

Período de apuração: 01/01/1993 a 20/12/1996

ÔNUS DA PROVA.

Constatada pela fiscalização classificação fiscal diferente daquela adotada pelo contribuinte, cabe a este, nos termos do artigo 333, do Código de Processo Civil - CPC e do artigo 16 do PAF (Decreto nº 70.235/72), o ônus da prova dos fatos modificativos, extintivos ou impeditivos da pretensão fazendária.

IPI - CLASSIFICAÇÃO FISCAL- CAPÍTULO 29 DA TIPI.
O Capítulo 29 da TIPI destina-se aos produtos de constituição química definida, apresentado isoladamente, ainda que contenha impurezas, ou em soluções aquosas.

DMASO - DIMETILAMIDA DE ÁCIDO GRAXO.

Produto composto de dimetilamida de óleo de soja e óleo de soja, tratando-se, portanto, de uma mistura.

ACRY. ÁCIDO POLIACRÍLICO.

Polímero de peso molecular médio 3000 e 42 monômetro, composto por ácido poliacrílico e ácido acrílico.

PRESSCRIÇÃO INTERCORRENTE. INAPLICABILIDADE.
Nos termos da Súmula nº 07 do Segundo Conselho de Contribuintes e da Súmula nº 11 do Primeiro Conselho de Contribuintes, “*Não se aplica a prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal.*”

RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da terceira câmara do terceiro conselho de contribuintes, por unanimidade de votos, afastar as preliminares de prescrição intercorrente e de ônus da prova e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do relator.


ANELISE DAUDT PRIETO

Presidente


MILTON LUIZ BARTOLI

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Luis Carlos Maia Cerqueira (Suplente), Heroldes Bahr Neto, Vanessa Albuquerque Valente, Celso Lopes Pereira Neto e Luis Marcelo Guerra de Castro. Ausente momentaneamente e justificadamente o Conselheiro Davi Machado Evangelista (Suplente).

Relatório

Tornam os autos a julgamento por esta Eg. Câmara, tendo em vista cumprimento da diligência formulada na Resolução nº 303-01-250, juntada às fls. 578/587.

Com o intuito de ilustrar o presente e recordar aos pares a matéria, adoto o relatório de fls.579/585, o qual passo a ler em sessão.

Em resposta a diligência, o contribuinte se manifestou às fls. 632/633 alegando, em suma, que:

- (i) *ante os termos do artigo 9º do Dec. 70.235/72 e do artigo 142 do CTN, cabe ao fisco o ônus da prova de suas acusações, não concordando o contribuinte em suportar os custos de exame pericial;*
- (ii) *deve a DRF providenciar o laudo em apreço e esclarecer se existem amostras dos produtos importados para elaboração do laudo;*
- (iii) *os quesitos constantes da Resolução em apreço são suficientes para deslinde da matéria e indica como seu assistente técnico o Sr. Durval Garcia Junior, com CRQ nº 0412033-4º Região, o qual deverá ser intimado através deste procurador.*

Diante do exposto, requer que a C. 3^a Câmara do E. Terceiro Conselho de Contribuintes solucione o custeio da diligência determinada.

É o relatório.

Voto

Conselheiro NILTON LUIZ BARTOLI, Relator

Retornando os autos de cumprimento de diligência, impõe-se reiterar que a decisão recorrida somente manteve a acusação no que se refere aos produtos denominados DMASO – Dimelilamida de ácido graxo e ACRY – Ácido poliacrílico (fls. 515).

Ambas as mercadorias importadas são apresentadas pela Recorrente como produtos de constituição química definida, em contrapartida à tese defendida pela fiscalização, bem como pela decisão recorrida, segundo a qual se tratam de misturas.

O fato é que no caso de ambas as mercadorias, a fiscalização se baseou, além das características técnicas dos produtos, nas informações prestadas pelo próprio contribuinte, e contra as quais não logrou êxito o contribuinte em comprovar que seria de forma diversa.

E, consoante abordado na Resolução nº 303-01.250, as questões ora travadas nos autos são de conteúdo eminentemente técnico, razão pela qual converteu-se o julgamento em diligência a fim de que às expensas do contribuinte, este providenciasse a elaboração de prova pericial por profissionais especializados na matéria.

Ocorre que, em resposta ao Termo de Ciência de Resolução e Intimação Fiscal, o contribuinte manifestou-se às fls. 632 aduzindo que:

"(...) ante os termos do artigo 9º do Dec. 70.235/72 e do artigo 142 do CTN, cabe ao Fisco o ônus da prova, de suas acusações, não concordando a recorrente em suportar os custos de exame pericial que compete exclusivamente à autoridade acusadora, devendo essa DRF providenciar o laudo em apreço". (g.n.)

Neste sentido, solicita a solução quanto ao custeio da diligência determinada.

Ora, se a decisão que convertera o julgamento em diligência solicitara a realização de perícia pelo INT para responder aos quesitos formulados às expensas do contribuinte, optando este por não atendê-la, consequentemente, acabou por optar por não comprovar que a classificação fiscal dos produtos DMASO e ACRY são diferentes daquelas apontadas pela fiscalização.

Deste modo, a Recorrente em momento algum conseguiu comprovar o que prescreve o art. 333, inciso II, do Código de Processo Civil, bem como o art. 16 do PAF – Decreto nº 70.235/72. Vejamos:

"Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor;" (g.n.)

"Art. 16. A impugnação mencionará:

(...)

III – os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir;

IV – as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito;" (g.n.)

Considerando-se que os fatos constitutivos são os fatos afirmados na atuação pela fiscalização, cabendo a esta prová-los como o fez com a juntada de documentos contendo informações advindas da própria Recorrente (citando-se como exemplo as informações de fls. 78), caberia a esta, em contrapartida, provar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos da pretensão fazendária.

Deste modo, quanto ao produto comercialmente denominado “DMASO” (dimetilamida de ácido graxo), a reclassificação fiscal restou baseada nas informações fornecidas pela própria empresa-recorrente (fls. 78), de que o produto “é composto de diletilamida de óleo de soja e óleo de soja”, tratando-se, portanto, de uma mistura.

E, em sendo mistura, indevida a sua classificação na posição pretendida pela Recorrente – 29.24.10.9900, já que o Capítulo 29 da TIPI acoberta os “compostos orgânicos de constituição química definida apresentados isoladamente, mesmo contendo impurezas”.

Já o Capítulo 38 traz em suas posições àquelas em que os produtos admitem misturas, tais como a adotada pela fiscalização, TIPI 3823.90.9999 – produtos diversos das indústrias químicas, o que, nos termos da 1ª. Regra Geral para Interpretação do Sistema Harmonizado, corretamente classifica o produto em questão.

Quanto ao produto comercialmente denominado “ACRY” (ácido poliacrílico), também com base nas informações prestadas pelo próprio contribuinte, procedeu-se a reclassificação fiscal do produto, tendo em vista ser um “polímero de peso molecular médio 3.000 e 42 monômeros”, composto por ácido poliacrílico e ácido acrílico, constituindo-se, portanto, numa mistura.

Como alhures dito, o Capítulo 29 não alcança àqueles produtos que se compõem de uma mistura, e acresça-se a isso, o fato de o produto ACRY ser um polímero de peso molecular médio 3.000 e 42 monômeros, o que, nos termos da nota 3, do Capítulo 39 da NESH, implica em sua correta classificação na posição TIPI 3906.90.9900.

Entendo, pois, pela correta classificação fiscal dos produtos em questão, DMASO e ACRY, àquela apontada pela fiscalização, tendo em vista, ainda, como já dito, o contribuinte não ter logrado êxito em comprovar fato diverso.

Quanto ao argumento da Recorrente de que teria procedido à exportação de quase a totalidade dos produtos cuja classificação fiscal se encontra em discussão, o que implicaria em reconhecimento de imunidade tributária a eles destinada, o fato é de que a r.

decisão recorrida já apreciou as provas colacionadas aos autos e, efetivamente, as considerou, procedendo à glosa da autuação neste sentido.

Ocorre que com relação aos produtos DMASO e ACRY, o contribuinte deixou de apresentar documentação comprobatória quanto à sua suposta exportação, motivo pelo qual não se pode acatar tal argumento, especificamente com relação aos lançamentos listados pelo d, julgador monocrático às fls. 515.

Nestes termos, entendo por acertada a r. decisão recorrida, não logrando êxito o contribuinte em demonstrar, tão pouco comprovar, que a classificação fiscal dos produtos DMASO e ACRY, sejam diferente daquelas apontadas pela fiscalização.

Por último, no tocante à alegação da Recorrente, com base no artigo 173 do CTN, no sentido de que teria ocorrido extinção do crédito tributário pela decadência e/ou perempção, após decorridos 5 (cinco) anos do auto de infração sem conclusão no procedimento administrativo, destaco o posicionamento da Primeira e Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça-STJ a respeito da alegada questão da prescrição intercorrente:

"RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PRAZOS PRESCRICIONAL E DECADENCIAL. PENDÊNCIA DE RECURSO ADMINISTRATIVO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(...)

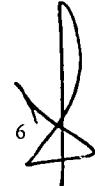
2. O Código Tributário Nacional estabelece três fases acerca da fruição dos prazos prescricional e decadencial referentes aos créditos tributários. A primeira fase estende-se até a notificação do auto de infração ou do lançamento ao sujeito passivo – período em que o decurso do prazo decadencial (art. 173 do CTN); a segunda fase flui dessa notificação até a decisão final no processo administrativo – em tal período encontra-se suspensa a exigibilidade do crédito tributário (art. 151, III, do CTN) e, por conseguinte, não há o transcurso do prazo decadencial, nem do prescricional; por fim, na terceira fase, com a decisão final do processo administrativo, constitui-se definitivamente o crédito tributário, dando-se início ao prazo prescricional de cinco (5) anos para que a Fazenda Pública proceda à devida cobrança, a teor do que dispõe o art. 174 do CTN, a saber: "A ação para cobrança do crédito tributário prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data da sua constituição definitiva". Precedentes.

3. Enquanto há pendência de recurso administrativo, não correm os prazos prescricionais e decadencial. Somente a partir da data em que o contribuinte é notificado do resultado do recurso é que tem início a contagem do prazo de prescrição previsto no art. 174 do CTN. Destarte, não há falar em prescrição intercorrente em sede de processo administrativo fiscal.

(...)” (g.n.) (Resp 706175/RS, j. 07/08/2007, DOU 10/09/2007, 1º Turma, Min. Denise Arruda)

"RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. SÚMULA 153 DO ANTIGO TFR.

6



O auto de infração constitui procedimento apto à constituição do crédito tributário (artigo 142 do CTN) e, somente até a sua lavratura, é possível cogitar de decadência, pois enquanto pendente de recurso administrativo, não corre o prazo quinquenal a que se refere o artigo 173 do CTN. Inúmeros precedentes. Súmula 153 do antigo TFR. Recurso Provido. Retornem os autos ao Juízo monocrático para exame das demais questões de mérito.” (g.n.) (REsp 762391/BA , j. 06/09/2005, DOU 13/03/2006, 2º Turma, Min. Franciulli Netto)

Outrossim, cumpre assinalar que a única previsão legal para a ocorrência de prescrição intercorrente se encontra na Lei de Execuções Fiscais (Lei 6.830, de 22 de setembro de 1980), em seu artigo 40, §4º:

“Art. 40 - O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrado bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não ocorrerá o prazo de prescrição.

(...)

§4º Se a decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato. (Incluído pela Lei 11.051, de 2004)”

No entanto, trata-se de hipótese diversa da presente, haja vista que em fase de Execução Fiscal o crédito já está definitivamente constituído, o que não ocorre no presente caso, em que isto apenas ocorrerá com decisão final administrativa e transitada em julgado.

Logo, não há que se vislumbrar de prescrição intercorrente no presente, inclusive por ausência de disposição legal a respeito.

Note-se que a matéria é até motivo de Súmulas dos Egrégios Primeiro e Segundo Conselhos de Contribuintes. Vejamos as Súmulas nº 07 e 11, respectivamente: “*Não se aplica a prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal.*”

Neste sentido, também não possui razão a Recorrente quanto aborda este aspecto.

Pelo exposto e tudo o mais que dos autos consta, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

Sala das Sessões, em 27 de fevereiro de 2008


NILTON LUIZ BARTOLI - Relator