

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
TERCEIRA CÂMARA

PROCESSO Nº : 10830.004438/90-69
SESSÃO DE : 24 de setembro de 1997
RECURSO Nº : 118.699
RECORRENTE : BUCKMAN LABORATÓRIOS LTDA
RECORRIDA : DRJ/CAMPINAS/SP

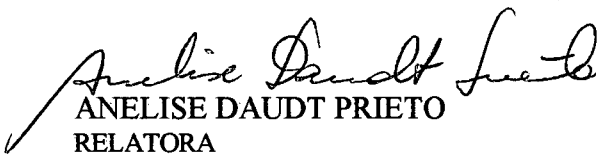
RESOLUÇÃO Nº: 303-685

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

RESOLVEM os Membros da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, converter o julgamento em diligência ao INT, através da Repartição de Origem, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Brasília-DF, em 24 de setembro de 1997


JOÃO HOLANDA COSTA
PRESIDENTE


ANELISE DAUDT PRIETO
RELATORA


Luciana Cortez Roriz Pontes
Procuradora da Fazenda Nacional

92 DEZ 1997

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: NILTON LUIZ BARTOLI, LEVI DAVET ALVES, GUINÊS ALVAREZ FERNANDES e MANOEL D'ASSUNÇÃO FERREIRA GOMES. Ausente o Conselheiro SÉRGIO SILVEIRA MELLO.

RECURSO Nº : 118.699
RESOLUÇÃO Nº : 303-685
RECORRENTE : BUCKMAN LABORATÓRIOS LTDA
RECORRIDA : DRJ/CAMPINAS/SP
RELATOR(A) : ANELISE DAUDT PRIETO

RELATÓRIO

A empresa acima qualificada recorre, tempestivamente e legalmente representada, a este Conselho, de decisão de primeira instância, que julgou procedente o lançamento efetuado por meio do Auto de Infração de fls. 112 a 118, lavrado por Auditores da Delegacia da Receita Federal em Campinas-SP.

Trata-se das importações realizadas com as Declarações de Importação de n.º 001620, registrada em 06/07/87 (fls. 02/06), 00974, registrada em 09/03/85 (fls. 29/31) e 01893, registrada em 21/07/86 (fls. 46/48). Todas dizem respeito ao produto químico descrito pela empresa como 2-bromo-4-hidroxiacetofenona, nome comercial BHAP, concentração 45%, fabricado e exportado pela Buckman Laboratories Inc. - U.S.A, matéria prima para fabricação de produtos químicos industriais, para uso na indústria de papel. As importações foram realizadas ao amparo do benefício de drawback, isenção.

Com base em vários laudos emitidos pelo LABANA e entendendo que as mercadorias não eram aquelas descritas nas Guias de Importação e nas Declarações de Importação, já que a concentração 2-bromo-4-hidroxiacetofenona era diferente (em torno de 32% em duas das amostras, prejudicado o terceiro resultado pois o LABANA não mais dispunha da amostra) e que eram preparações daquele composto, a autoridade autuante desclassificou-as da posição TAB-NBM 29.13.54.99 (II de 30% e IPI de 0%) para a posição 38.11.03.01 (II de 50% e IPI de 0%), em face do que estabelecem as Notas do Capítulo 29 (NC 29-1, letras "e" e "f"). Citou, também, cada B/L emitido, onde constava a seguinte descrição : "FUNGICIDE, CORROSIVE LIQUID...". Exigiu o Imposto de Importação, a Taxa de Melhoramento dos Portos, os respectivos juros de mora, as multas dos artigos 524, caput, e 526, inciso II, do Regulamento Aduaneiro, face à divergência entre o insumo licenciado e aquele efetivamente importado. Lançou, ainda, a multa prevista no artigo 74 da Lei 7.799/89, referente à T.M.P..

Impugnando o feito, a empresa alega, preliminarmente, a nulidade do Auto de Infração por excesso de penalização pois, de acordo com o Regulamento Aduaneiro-R.A a única multa que poderia ser aplicada é a prevista no seu artigo 524. A multa do artigo 526, II, refere-se à falta de Guia de Importação ou documento equivalente, o que não é o caso. As DI's correspondentes foram regularmente expedidas, estando em discussão somente a classificação fiscal do produto.

Não procederia, também, a aplicação da penalidade prevista no artigo 74 da Lei n.º 7.799/99, em razão do princípio da irretroatividade da lei tributária, especialmente com relação ao Direito Tributário Penal (artigos 105, 106 e 112 do C.T.N.) e também porque a mora somente se caracterizaria a partir da autuação, pois até então não existia exigência de

ppp

RECURSO Nº : 118.699
RESOLUÇÃO Nº : 303-685

recolhimento de tributo. A penalidade, que existiu somente a partir de 1989, não pode ser aplicada a importações efetivadas em 1985, 1986 e 1987.

Levanta, ainda, outra preliminar, de decadência, em relação à D.I. n.º 00974, de 29/03/85. Alega, também, que o artigo 4.º do Decreto-Lei 2.227, de 25 de julho de 1985, cancelou todos os débitos eventualmente pendentes com relação à erro de classificação de mercadorias.

Quanto ao mérito, esclarece o seguinte:

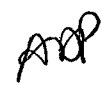
a-) O produto "BHAP" é de exclusivo desenvolvimento de sua matriz americana, desta forma patenteado, constando inclusive da Referência Chemical Abstracts n.º 9987d, July 16, 1964, citada pelo LABANA. (cópia às fls. 135). Portanto, a empresa seria a única apta a fornecer os parâmetros para análise do produto, bem como o método para tal. Tanto é que em laudo expedido pelo Instituto de Pesquisas Tecnológicas, decorrente de exame que procedeu, consta a observação de que a determinação fora realizada segundo método fornecido pelo interessado. (anexa cópia do Certificado). Naquele exame consta que a concentração dos produtos químicos em questão é a declarada nas DIs.

b-) Conforme comprova o Laudo Técnico anexado (fls. 138), que foi protocolado na CACEX em 28/11/79, a empresa sempre deixou claro para aquele órgão a finalidade microbicida do produto em questão.

c-) A autuação decorreria de irresponsabilidade do laboratório, já que todos os exames teriam sido realizados mais de dois anos após a coleta de amostra do produto, quando teriam sido alteradas as suas características, pois, de acordo com o documento denominado "Material Safety Data Sheet" (fls. 139 e verso), a sua vida útil seria de menos de um ano.

d-) A diferença relativa ao teor de 2-bromo-4-hidroxiacetofenona, de 45% para 32%, decorre do tempo transcorrido entre a coleta da amostra e o laudo de exame, e do erro na metodologia empregada pelo LABANA, que somente determinou a percentagem de área e não de peso, absolutamente necessária para estabelecer a concentração do produto. O fato de não dispor de substância de referência, alegado pelo laboratório, não dispensa tal determinação, que deveria ter sido feita com a orientação da contribuinte, detentora da patente do produto.

e-) O BHAP é um produto que, quando puro, tem características muito agressivas, com propriedades lacrimogêntes, necessitando da adição de solventes para torná-lo apto a ser transportado e estocado. Por tal motivo, está sob controle do Ministério do Exército que, por solicitação da impugnante, forneceu a declaração de fls. 140, onde se lê o seguinte:



RECURSO Nº : 118.699
RESOLUÇÃO Nº : 303-685

“Declaramos para fins de prova junto à Secretaria da Receita Federal-Campinas-SP, que a empresa Buckman Laboratórios Ltda, CR n.º 943-SFPC/2, se utiliza do Produto Químico 2-Bromo-4-hidroxiacetofenona, classificado como Produto Químico Agressivo e constante do número 109 da Relação dos Produtos Químicos Controlados pelo Ministério do Exército (Decreto n.º 55.649, de 28 de janeiro de 1965), com categoria de controle 1, necessitando portanto ser diluído em solvente com a finalidade de garantir as condições de segurança necessárias ao manuseio e transporte, por se constituir em substância lacrimogênea.”

f-) Os laudos afirmam que se trata de uma preparação de um composto orgânico de composição definida em uma mistura de solventes orgânicos. Como está comprovado que é necessária a adição de solventes para o transporte, manuseio e estoque, o produto deve ser classificado no Capítulo 29 da NBM, conforme o disposto em suas Notas “1.e” e “1.f”. Deve-se atentar ao princípio de que a classificação deve ocorrer na posição mais específica em detrimento da genérica.

O fiscal autuante, chamado a manifestar-se, propôs o encaminhamento dos autos, em diligência, ao LABANA, para que respondesse a quesitos. Transcrevo, a seguir, pontos da consequente Informação Técnica (fls.167/169), que julgo importantes.

“Pergunta 01) A Buchman Laboratórios, Inc. e suas filiais são as únicas empresas possuidoras de tecnologia e da patente do produto objeto dos Laudos de Análise de nros. e são as únicas empresas aptas a fornecer os parâmetros para análise do produto, bem como o método para tal?

Resposta) Como não encontramos em referências Bibliográficas metodologias bem como parâmetros que permitam realizar a perfeita análise da mercadoria, consideramos que estes detalhes não são de domínio público.

.....
Pergunta 03) Os produtos analisados através dos Laudos de Análise de nros. e seus respectivos aditivos são utilizados como microbicida ou microbiocida?

Resposta) Sim, conforme descrito na Resposta n.º 4 dos Laudos...

Pergunta 04) O produto analisado.....apresenta vida útil inferior a um ano?

Resposta) Não encontramos nas Referências Bibliográficas citações que indiquem a vida útil da mercadoria.

Pergunta 05) O teor de 2-bromo-4-hidroxiacetofenona encontrado nos produtos analisados...em torno de 32% (trinta e dois por cento), divergente de 45% (quarenta e cinco por cento) declarado pelo contribuinte decorre de dois fatores:

a-) o tempo decorrido entre a coleta da amostra e o Laudo de Análise?

b-) erro na metodologia empregada pelo LABANA que somente determinou a percentagem de área e não de peso, absolutamente necessário para a determinação da concentração do produto?

RECURSO Nº : 118.699
RESOLUÇÃO Nº : 303-685

Resposta) a) O tempo decorrido entre o recebimento das amostras, a emissão dos respectivos Laudos, até o recebimento da solicitação dos Aditamentos, Reanálises e, principalmente, a falta de Informações Técnicas Específicas adequadas como vida útil do produto e Metodologia Analítica Específica, são fatores que podem prejudicar a determinação do teor do princípio ativo com mais exatidão.

b) Não.

Pergunta 06) O produto...quando puro tem características muito agressivas com propriedades lacrimejantes, necessitando, assim, da adição de solventes, com o objetivo de torná-lo apto a ser transportado e estocado?

Resposta) De acordo com Referências Bibliográficas, o princípio ativo 2-Bromo-4-Hidroxiacetofenona, quimicamente puro, na forma isolada é um sólido com ponto de fusão igual a 130.°C e considerado lacrimejante e irritante.

No entanto, a Referência Bibliográfica "IATA DANGEROUS GOODS REGULATIONS, 27th ED, 1986" não cita a necessidade da presença de diluentes ou solventes em produtos desta natureza, como sendo indispensáveis por razões de segurança, ou necessidade de transporte.

Pergunta 07) Em Declaração (doc. de fls. 53), expedida em 14/01/91, o Ministério do Exército afirma que o produto ...necessita ser diluído em solventes com a finalidade de garantir as condições de segurança necessárias ao manuseio e transporte, por se constituir em substância lacrimejante.

Isto posto, pergunta-se:

a) o BHAP não pode ser transportado puro?

Resposta: Ressaltamos que não encontramos nas Referências Bibliográficas citações da necessidade da presença de diluentes ou solventes como sendo indispensáveis por razões de segurança, ou necessidade de transporte em produtos desta natureza. Como exemplo, citamos o produto Omega-Bromoacetofenona (Brometo de Fenacila), também sólido porém, com ponto de fusão igual a 50.°C, bem abaixo em relação ao 2-Bromo-4-Hidroxiacetofenona, cujo vapor é considerado irritante e lacrimejante e, no entanto, é permitido o seu transporte na forma pura.

b) o BHAP puro é um produto lacrimejante?

Resposta: Sim.

c) O BHAP diluído em solventes orgânicos, é, também, um produto lacrimejante?

Resposta: Não observamos esta característica nas mercadorias analisadas."

Intimada a se manifestar sobre o Laudo acima, a empresa argumenta tentando mostrar que foi confirmada a impugnação apresentada em todos os seus termos, concluindo que não poderia ter havido lançamento com base em laudo de análise de laboratório que não detém o conhecimento técnico para determinar se é necessária a presença de diluentes para assegurar o transporte em condições seguras. Afirma que a matéria foi, entretanto, superada com a declaração do Ministério do Exército, e pede seja cancelado o Auto de Infração.

map

RECURSO Nº : 118.699
RESOLUÇÃO Nº : 303-685

A decisão da DRJ está assim ementada:

**“DRAW BACK/ISENÇÃO
IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO E TMP**

Descaracterizado o regime pela constatação, através de laudo técnico, de que a mercadoria importada não é idêntica à descrita na Guia de Importação, no Ato Concessório e nas DI, deve ser exigido o pagamento dos créditos tributários excluídos.

Cabe, ademais, a imposição das penalidades previstas nos artigos 524 e 526, II, do Regulamento Aduaneiro, assim como, no que diz respeito à TMP, a do artigo 74 da Lei 7.788/89.

AÇÃO FISCAL PROCEDENTE”

A autoridade recorrida alega, principalmente, o seguinte:

“...O que se questiona neste processo não é, substancialmente, a questão da adição ou não de suplementos ao BHAP, mas sim e fundamentalmente, **o nível de adição de suplementos ao BHAP importado, da ordem de cerca de 70%.**

Com semelhante adição de suplementos, o produto importado possui concentração (+/-32%) de preparação fungicida própria para “consumo”, e não de princípio ativo meramente protegido para o transporte e a estocagem.”

Continuando, diz tal concentração não confere com aquela da DI. Entretanto, consta do processo (fl. 76) informação editada pela autuada sobre o produto “BUSAN 90, um microbicida de amplo espectro para indústrias de celulose e papel”, em que se verifica que o ingrediente ativo em questão tem teor de 30%. Os outros 70% são de substâncias inertes. Nessa relação de componentes se caracterizaria a preparação fungicida e não um princípio ativo apresentado isoladamente.

O documento emitido pelo Ministério do Exército não se prestaria, portanto, para reforçar o ponto de vista defendido pela impugnante.

Em seu recurso, a empresa alega o seguinte:

a-) Pede que na remota possibilidade de serem mantidas as exigências, seja expressamente decidido pela não aplicação da TR sobre os débitos em discussão, como correção monetária ou como juros, pelo que argumenta. De qualquer forma, apenas por cautela, alega que o índice poderia ser utilizado apenas a partir de agosto de 1991.

RECURSO Nº : 118.699
RESOLUÇÃO Nº : 303-685

b-) Repete argumentos trazidos na impugnação: de excesso de penalização, solicitando seja declarado nulo o Auto de infração ou que seja cancelada a exigência da multa fundada no artigo 526, II, do R.A ; aplicação retroativa da legislação; decadência, afirmando que a decisão de primeira instância teria cometido um silogismo, pois teria havido lançamento, mas sob a alíquota zero, ante a isenção concedida no momento.

c-) Acrescenta ser impossível ser revisto o lançamento, pois o prazo, conforme disposto no artigo 447 do Regulamento Aduaneiro, é de 05 dias para formalizar exigências decorrentes de desclassificação de mercadorias. Além disso, teria obtido a ciência e a anuência da autoridade aduaneira, tendo havido a homologação expressa do lançamento : segundo o artigo 150 do C.T.N., a revisão do lançamento estaria condicionada à inexistência de prévio exame da autoridade. Ocorreu mudança de critério jurídico no lançamento do tributo e, caso assim não seja entendido, deve ser aplicado o disposto no parágrafo único do artigo 100 do CTN, sendo excluída a imposição de penalidades.

d-) Alega haver contradição na decisão recorrida, ao manter as exigências relativas à DI 000974, de 23/03/83, pois, “no início do “decisium”, está expressamente afirmado que “estão tecnicamente prejudicadas as amostras relativas à DI n.º 000974/85”. Se o LABANA não determinou a concentração do elemento ativo, o fisco não pode pretender manter a desclassificação da mercadoria importada, pois não há parecer nesse sentido.

e-) Quanto às demais declarações, ressalta ter ficado expressamente consignado pelo LABANA que o mesmo não detém a tecnologia necessária para análise do produto, cuja patente é da recorrente, que é a única apta a fornecer os elementos necessários para sua realização. Reforça tal afirmação os diversos aditivos aos laudos elaborados.

f-) A decisão recorrida não poderia ter ignorado a afirmação do laboratório de que o grande tempo decorrido pode ter prejudicado a determinação do teor do princípio ativo com mais exatidão, com a estranha alegação de que “não desmerecem a comprovada divergência de concentração”. Está sendo invertido o princípio de Direito e de Direito Tributário de que, em caso de dúvida, deve a legislação tributária ser interpretada sempre favoravelmente ao contribuinte (artigo 112 do CTN).

g-) O método utilizado, o exame de cromatografia gasosa, não é a técnica mais adequada para determinar a concentração de BHAP, uma vez que o ingrediente ativo decompõe-se rapidamente a 130.ºC para que o BHAP mova-se através da coluna cromatográfica. O método recomendável seria a cromatografia líquida.

h-) Ficou devida e cabalmente provado nos autos que a adição de solventes na mercadoria decorre de seu efeito lacrimante, quando puro, o que foi confirmado pelo Ministério do Exército em declaração totalmente desprezada pela decisão recorrida.

ppp

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 118.699
RESOLUÇÃO Nº : 303-685

i-) As mercadorias importadas se tratam de simples matérias-primas para a elaboração de fungicidas aptos a serem utilizados na produção do produto final, tendo em vista que, na forma como foram importadas, não são diluíveis em água, não podendo, portanto, ser utilizadas pelo consumidor final. O produto final, "BUSAN 1130", é obtido com a adição de surfactante e solvente, para dar ao produto aquela característica, possibilitando sua utilização como fungicida e microbicida para indústrias de papel e de couro. A acusação de que tratar-se-ia de produto final não tem fundamento e implicaria em estar atribuindo à recorrente a imputação de procedimento fraudulento. Fraude não se presume, prova-se!

Constam das folhas 226 à 228 as contra-razões apresentadas pela Procuradoria da Fazenda Nacional, fundamentando seu apelo pela manutenção da decisão recorrida.

É o relatório.

ADP

RECURSO Nº : 118.699
RESOLUÇÃO Nº : 303-685

VOTO

São duas as questões básicas no que se refere à classificação da mercadoria em questão: se a presença de solventes é necessária para garantir condições de manuseio e transporte e se o teor dos mesmos caracterizaria a mercadoria em questão como preparação fungicida própria para consumo.

Considero que tais questões não estão respondidas com os elementos constantes dos autos. Voto, portanto, por realização de diligência por meio da repartição de origem, para que o Instituto Nacional de Tecnologia responda aos seguintes quesitos, sobre o produto objeto dos autos:

a-) A amostra em questão pode ter seu exame prejudicado em função do decurso de tempo? Qual é a vida útil do produto?

b-) Quais os resultados que seriam e afetados pela passagem de tempo a que se refere a questão anterior?

c-) O produto tem propriedades agressivas com efeitos lacrimejantes? A adição de solventes ao produto é necessária, por razões de segurança ou para o seu transporte, em decorrência daquele ou de outro fator?

d-) O teor de solventes caracteriza a mercadoria como preparação fungicida própria para consumo?

e-) Qual o melhor método a análise do produto? A Buchman Laboratórios e suas filiais são as únicas detentoras da tecnologia sobre o produto? Só elas poderiam fornecer os parâmetros para sua análise?

f-) Caso ainda seja viável, e se necessário, solicita-se que seja procedido novo exame nas amostras em questão.

g-) Outras informações que julgar necessárias para o deslinde da questão.

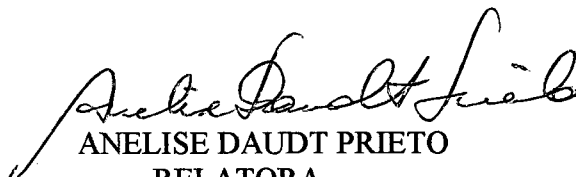
Esclareço que a estas questões devem ser acrescidas aquelas que a contribuinte, intimada, pleitear, bem como aquelas que a repartição julgar necessárias.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 118.699
RESOLUÇÃO Nº : 303-685

À recorrente deverá ser fornecido prazo para que se manifeste em relação ao resultado do novo Laudo.

Sala das Sessões, em 24 de setembro de 1997.



ANELISE DAUDT PRIETO
RELATORA