



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº	11042.000249/2004-87
Recurso nº	131.745 Voluntário
Matéria	II/CLASSIFICAÇÃO FISCAL
Acórdão nº	302-39.123
Sessão de	6 de novembro de 2007
Recorrente	MBN PRODUTOS QUÍMICOS LTDA.
Recorrida	DRJ-FLORIANÓPOLIS/SC

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Data do fato gerador: 26/12/2000

Ementa: PROVA EMPRESTADA.

A garantia do contraditório, do devido processo legal e do direito à ampla defesa é obstáculo oponível à admissão e à valoração da prova emprestada de outro processo, no qual não tenha sido parte aquele contra quem se pretenda fazê-la valer.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da SEGUNDA CÂMARA do TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares argüidas pela recorrente e no mérito, por maioria de votos, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. As Conselheiras Elizabeth Emílio de Moraes Chierregatto, Mércia Helena Trajano D'Amorim e Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro votaram pela conclusão. Vencido o Conselheiro Coríntio Oliveira Machado.


JUDITH DO AMARAL MARCONDES ARMANDO - Presidente


MARCELO RIBEIRO NOGUEIRA - Relator

Participou, ainda, do presente julgamento, o Conselheiro: Luciano Lopes de Almeida Moraes.
Ausente o Conselheiro Paulo Affonseca de Barros Faria Júnior. Esteve presente a Procuradora da Fazenda Nacional Paula Cintra de Azevedo Aragão.

Relatório

Adoto o relatório de primeira instância por bem traduzir os fatos da presente lide até aquela decisão.

A empresa acima qualificada importou, por meio da DI n.º 00/1249291-9, registrada em 26/12/2000, a mercadoria descrita como "ácido dodecilbenzenossulfônico biodegradável - Lavrex 100" nos documentos que instruíram o despacho (fls. 19 e 21), classificando-a no código NCM 2904.10.20 (17% de II e 0% de IPI).

Por sua vez, Laudo de Análise do Laboratório de Análises da Funcamp – Fundação de Desenvolvimento da Unicamp (n.º 1218.01 - LAB 0330/JAGUARÃO – fls. 39 a 41), emitido em função de amostra coletada no curso de outro despacho aduaneiro (DI n.º 02/0887138-6), referente a produto descrito de maneira idêntica ao ora analisado, exportado pela mesma empresa (American Chemical I.C.S.A., do Uruguai), informou que a mercadoria tratava-se de "uma mistura de ácidos alquilbenzenossulfônicos lineares, na forma líquida", "um agente orgânico de superfície aniônico" composto de 35,8% de ácido dodecilbenzenossulfônico, 30,2% de ácido tridecilbenzenossulfônico, 27,4% de ácido undecilbenzenossulfônico, 4,1% de ácido tetradecilbenzenossulfônico e 2,4% de ácido decilbenzenossulfônico.

Com base nestas informações, a autoridade autuante concluiu que o produto importado deveria ser classificado no código NCM 3402.11.90 (17% de II e 5% de IPI), o que gerou a lavratura dos Autos de Infração de fls. 01 a 16 para exigência de R\$ 2.619,90 a título de Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), R\$ 7.613,39 a título de Imposto de Importação (II), acrescidos de multa de ofício (75%) e juros de mora, e de R\$ 13.435,40 a título de multa do controle administrativo das importações (mercadoria importada ao desamparo de Guia de Importação ou documento equivalente).

Ciente da autuação, a interessada protocolizou a defesa de fls. 57 a 71, argumentando, em síntese, que:

a) o Auto de Infração ora impugnado carece de identificação, ou seja, não há numeração que o identifique, impedindo à contestante o seu acompanhamento;

b) o Laudo Técnico embassador dos lançamentos (LAB n.º 330/03), contrariamente ao que menciona o Auto, não se encontra em anexo;

c) assim sendo, não há como se defender daquilo que não integra a autuação;

d) os Laudos LAB n.ºs 247/03 e 249/03, citados na parte final expositiva do Auto de Infração, além de não se encontrarem em anexo, embasam processos ainda pendentes de julgamento;

e) uma vez que não foram coletadas amostras da mercadoria objeto da DI n.º 00/1249291-9, não se pode supor que o Laudo LAB n.º 330/03, elaborado a partir de amostras retiradas em agosto de 2002, segundo a

o. v. m. m.

autoridade autuante, no curso de importação diversa efetuada por outro importador em outubro de 2002 (data incompatível com a coleta das amostras), refira-se ao mesmo produto importado pela impugnante em dezembro de 2000;

f) com a criação da Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM), criou-se um item específico para o produto em questão, ácido dodecilbenzenossulfônico e seus sais: 2904.10.20;

g) Laudo do Laboratório de Análises Tecnológicas do Uruguai (LATU), em anexo, confirma a composição do produto - ácido dodecilbenzenossulfônico, e a sua correta classificação;

h) a responsabilidade em realizar o controle aduaneiro é da Receita Federal, que deveria ter diligenciado no sentido de verificar qual era o produto efetivamente importado na ocasião oportuna;

i) deve-se lembrar que o Laudo em comento traz em seu corpo a seguinte nota: "os resultados das análises contidos neste documento têm significação restrita e se referem somente à amostra recebida por este Laboratório";

j) conforme exemplificam Acórdãos emanados do Conselho de Contribuintes, cujas ementas foram transcritas, na ausência de provas, como no caso em tela, não há como aceitar a reclassificação tarifária de mercadoria importada;

k) o Certificado de Origem do produto continua válido, sendo improcedentes as exigências do Imposto de Importação e do Imposto sobre Produtos Industrializados;

l) não procede a cobrança da multa por falta de licença de importação ou documento equivalente, porque na época do fato gerador não havia nenhum tipo de controle administrativo sobre a mercadoria, dando-se o licenciamento de forma automática;

m) unicamente a partir de 31/03/2003 passou-se a exigir a LI para o código 2904.10.20, em função da entrada em vigor da Resolução de Diretoria Colegiada – RDC 01/03, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA); assim, não se pode permitir a retroatividade da exigência para fato gerador anterior à sua obrigatoriedade.

Ao final, considerando as razões apresentadas, a impugnante requer que sejam acolhidas as preliminares argüidas, tornando insubsistente o Auto de Infração, ou, caso assim não entenda a autoridade julgadora, seja no mérito julgado improcedente o lançamento.

A decisão de primeira instância foi assim ementada:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Data do fato gerador: 26/12/2000

Ementa: PRELIMINAR DE NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA.

MMW

Mesmo que o sujeito passivo alegue não ter recebido cópias de todas as peças do feito, é facultada a vista ao processo, na repartição competente, durante o prazo legal para a impugnação, sendo inaceitável a invocação de preterimento de defesa ainda mais se a peça impugnatória demonstrar o conhecimento integral da imputação.

AUTO DE INFRAÇÃO. FORMALIDADES.

É válido o auto de infração lavrado com observância dos requisitos previstos no art. 10 do Decreto n.º 70.235/1972.

Assunto: Classificação de Mercadorias

Data do fato gerador: 26/12/2000

Ementa: DESCLASSIFICAÇÃO FISCAL. COMPROVAÇÃO.

Mantém-se a desclassificação fiscal realizada com base em Laudo Técnico que contenha elementos suficientes para comprovar que o produto examinado se enquadra, inequivocamente, na classificação fiscal determinada pela autoridade lançadora.

PROVA EMPRESTADA.

Laudo técnico exarado em outro processo administrativo pode ser utilizado como prova para importações diversas, desde que trate de produto originário do mesmo fabricante, com igual denominação, marca e especificação.

CERTIFICADO DE ORIGEM.

Uma vez que a fatura comercial embasadora do Certificado de Origem faz referência ao produto efetivamente importado, Lavrex 100, incabível a perda da preferência percentual efetivada pela fiscalização.

Assunto: Obrigações Acessórias

Data do fato gerador: 26/12/2000

Ementa: FALTA DE LICENCIAMENTO. PENALIDADE.

Aplica-se a multa por falta de licenciamento quando o importador, além de classificar erroneamente a mercadoria, descreve-a de forma inexacta, impedindo a sua correta identificação.

No seu recurso, o contribuinte repisa os argumentos trazidos com a impugnação.

É o Relatório.

mmmm

Voto

Conselheiro Marcelo Ribeiro Nogueira, Relator

Conheço do presente recurso por tempestivo e atender aos requisitos legais.

Há quatro preliminares a examinar. Passo ao seu exame.

A primeira preliminar diz respeito à errônea descrição dos fatos, já que o fiscal autuante aponta como data da coleta das amostras do despacho aduaneiro referente à DI n.º 02/0887138-6, o dia 27 de agosto de 2002, quando, de fato, esta coleta ocorreu em 09 de outubro de 2002.

Note-se que consta dos autos cópia do Termo de Coleta de Amostras de Produto para Análise referente à DI acima mencionada, às fls. 35, onde é possível se verificar a data correta.

Neste ponto, parece ter decidido bem a questão a primeira instância, quando assim tratou do assunto:

Impende observar que a incorreta menção no Auto de Infração à data de retirada das amostras referentes à DI n.º 02/0887138-6 em nada invalida a conclusão ora exposta, consistindo em mero erro material saneado pela juntada, à fl. 35, do Termo de Coleta de Amostras de Produto para Análise, onde se pode constatar que a mencionada coleta se deu em 09/10/2002, data inteiramente compatível com o registro da DI, efetuado em 04/10/2002. Outrossim, assinala-se que a aludida incorreção em nada prejudicou a defesa da contribuinte, consoante explanado à exaustão.

Portanto, VOTO para afastar a primeira preliminar.

A segunda preliminar refere-se à violação do devido processo legal e neste ponto parece-me haver razão a recorrente.

A primeira instância decidiu a matéria da seguinte forma:

Em sua defesa, a contribuinte também argumenta que o laudo técnico referente a determinada amostra só pode ser utilizado para a importação correspondente, não podendo extrapolar e abranger outras DIs, como foi feito no caso em questão.

Há, porém, que se levar em consideração que a autuação em apreço consistiu na desclassificação tarifária do produto importado, assunto este que envolve a análise de diversos fatores de ordem técnica.

O material importado, cuja classificação aqui se discute, consiste num produto oriundo de um processo industrial realizado dentro de condições técnicas definidas por empresa a princípio idônea, que é comercializado dentro de condições técnicas determinadas, ou seja, há que se aceitar que o produto importado mediante a DI n.º 00/1249291-9

SPVW

não apresenta discrepâncias nas suas características essenciais em relação a outra importação da mesma mercadoria.

Caso essa condição não fosse verdadeira, seria impossível estabelecer uma importação regular desse produto, pois seria necessária a realização de consultas prévias ao fabricante a respeito da mercadoria antes de cada compra, adequando a seguir sua comercialização a cada importação efetuada.

Desse modo, a coleta periódica de amostras efetuada pelos Laboratórios de Análises atende às necessidades da fiscalização, fornecendo-lhe subsídios técnicos para se estabelecer o correto enquadramento tarifário dos produtos importados, sem causar transtornos aos importadores, desobrigando a coleta de amostras e análise química a cada importação realizada, já que, conforme o entendimento acima exposto, não pode haver divergências nas características físico-químicas entre duas amostras de produtos comercialmente idênticos, a ponto de alterar as suas características essenciais.

A respeito deste assunto, podemos observar o que diz Paulo Celso Bonilha:

"Em princípio nada impede que se aplique ao processo administrativo tributário o instituto da prova emprestada. As partes podem produzir ou protestar pela produção de provas produzidas em outros processos, desde que, é óbvio, guardem pertinência com os fatos cuja prova se pretende oferecer." (Da Prova no Processo Administrativo Tributário, Editora Dialética, 1997)

Assim, pode-se dizer, a priori, que laudos exarados em outros processos administrativos fiscais poderão ser válidos desde que se refiram a importações oriundas de mesmo fabricante, com mesma marca, especificação e denominação.

Corroborando esse entendimento, cabe verificar o disposto no § 3º do art. 30 do Decreto 70.235/1972, alterado pelo art. 67 da Lei 9.532/1997, in verbis:

"Art.30 (...)

(...)

§3º Atribuir-se-á eficácia aos laudos e pareceres técnicos sobre produtos, exarados em outros processos administrativos fiscais e transladados mediante certidão de inteiro teor ou cópia fiel, nos seguintes casos:

a) quando tratarem de produtos originários do mesmo fabricante, com igual denominação, marca e especificação"

Examinando a DI objeto deste processo e os documentos de fls. 25 a 41, pode-se constatar que o fabricante/exportador é o mesmo (empresa American Chemical I.C.S.A., estabelecida no Uruguai) e a denominação/especificação também é a mesma, pois em todos os casos

r/mw

o material é identificado como "ácido dodecilbenzenossulfônico biodegradável - Lavrex 100".

Saliente-se que o § 3º do art. 30 do Decreto 70.235/1972, acima transcrito, não exige que os laudos e pareceres técnicos tomados como prova emprestada se refiram a operações de comércio exterior efetivadas pelo mesmo importador.

Em face do exposto, o Laudo Técnico nº 1218.01 - LAB 0330, elaborado pela Fundação de Desenvolvimento da Unicamp (FUNCAMP), pode perfeitamente ser utilizado para o caso em discussão, ao contrário do asseverado na peça impugnatória.

Dois pontos são essenciais para a correta avaliação da matéria: primeiro, o laudo técnico apresentado para embasar a presente autuação é prova emprestada de outro procedimento administrativo que envolve outro contribuinte; segundo, o laudo foi produzido com amostra coletada quase dois anos após a importação realizada pela recorrente.

Não é possível sustentar que possa a fiscalização utilizar laudo técnico realizado em contencioso do qual não tenha participado o contribuinte, pois isto fere claramente os princípios do devido processo legal e da ampla defesa.

A doutrina majoritária opõe certas restrições à admissibilidade da prova emprestada, devendo ser observados alguns requisitos para sua eficácia em outro processo, a saber: a) a parte contra quem a prova é produzida deverá ter participado do contraditório na construção da prova; b) existência de identidade entre os fatos do processo anterior com os fatos a serem provados; e c) que seja impossível ou difícil a reprodução da prova emprestada no processo em que se pretenda demonstrar a veracidade de certa alegação.

Relativamente ao contraditório, entende-se necessário que, em regra, as partes do segundo processo *"têm de haver participado em contraditório do processo em que se produziu a prova que se visa a aproveitar. Mais precisamente, é imprescindível que a parte contra a qual vai ser usada essa prova tenha sido parte no primeiro processo"* (Talamini, Eduardo *Prova emprestada no processo civil e penal*, Revista de Informação Legislativa, p. 148.)

Neste sentido, a jurisprudência do STF: *"Prova emprestada e garantia do contraditório. A garantia constitucional do contraditório - ao lado, quando for o caso, do princípio do juiz natural - é o obstáculo mais freqüentemente oponível à admissão e à valoração da prova emprestada de outro processo, no qual, pelo menos, não tenha sido parte aquele contra quem se pretenda fazê-la valer; por isso mesmo, no entanto, a circunstância de provir a prova de procedimento a que estranho a parte contra a qual se pretende utilizá-la só tem relevo, se se cuida de prova que - não fora o seu traslado para o processo - nele se devesse produzir no curso da instrução contraditória, com a presença e a intervenção das partes"* (HC 78749/MS, 1ª. Turma, Rel: Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 25/05/1999, DJU de 25/06/1999).

Quando as partes envolvidas participaram do processo original, no qual foi produzido a prova a emprestar, é possível que esta prova tenha a mesma eficácia do processo original. A divergência ocorre quando no processo original não teve o contraditório entre os litigantes do processo em que se pretende tomar a prova emprestada, como é o caso presente.

mmw

É obrigatória a observância do contraditório em face daquele contra quem a prova emprestada será utilizada, a fim de assegurar sua participação efetiva na atividade probatória destinada à formação do convencimento do julgador, ou seja, é direito seu fiscalizar e influenciar a produção da prova.

Neste sentido é a jurisprudência judicial, da qual cito alguns exemplos:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. IPERGS. LAUDO PERICIAL. PROVA EMPRESTADA. IMPOSSIBILIDADE. Não se pode utilizar prova emprestada produzida entre terceiros, mesmo que em processo similar, diante da necessidade de ser oportunizado o contraditório e a ampla defesa. AGRAVO PROVIDO DE PLANO". (Agravo de Instrumento Nº 70018868083, Terceira Câmara Especial Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 15/03/2007).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO REVISIONAL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. APURAÇÃO DO VALOR DO IMÓVEL. PERÍCIA. PROVA EMPRESTADA. Impossibilidade de se utilizar prova emprestada produzida entre terceiros, mesmo que em processo similar. Imprestabilidade. Necessidade de oportunizar o contraditório e a ampla defesa. Deram provimento". (Agravo de Instrumento Nº 70007213739, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Rafael dos Santos Júnior, Julgado em 16/12/2003).

"PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. COMPROVAÇÃO DO EXERCÍCIO DE ATIVIDADES URBANAS. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. PROVA TESTEMUNHAL. PROVA EMPRESTADA ATIVIDADE ESPECIAL. ÔNUS DA PROVA. NÃO-COMPROVAÇÃO DA ESPECIALIDADE. 1. O tempo de serviço pode ser comprovado pela apresentação de início de prova material, complementado por prova testemunha idônea (art. 55, § 3º, da LBPS). 2. Na espécie, as testemunhas ao invés de confirmarem o labor no período o infirmam. 3. Nos casos de aposentadoria especial, o enquadramento das atividades por agentes nocivos deve ser feito conforme a legislação vigente à época da prestação laboral, e sua prova depende da regra incidente em cada período. 4. Inaceitáveis sentença e laudo pericial do Juízo do Trabalho como único fundamento da atividade especial, pois não obrigam terceiros (o INSS e a autora não foram partes), e refletem insalubridade por caracteres distintos e não vinculantes à lide previdenciária. 5. Não se desincumbindo a autora do ônus de comprovar o exercício de atividade em condição insalubre (fato constitutivo do seu direito), correta a sentença que julga improcedente o referido pedido, já que em consonância com o disposto no art. 333, I, do CPC". (TRF4, AC 2001.71.00.000154-2, Quinta Turma, Relator Néfi Cordeiro, DJ 24/08/2005). (grifo nosso).

Ademais, tendo a coleta sido feita quase dois anos após a importação em exame, nada impede que o fabricante tenha alterado a formulação do produto e que somente esta nova fórmula conduza à classificação entendida como devida para o produto atual.

mmw

Por estes motivos, VOTO para conhecer do recurso e acolher a segunda preliminar argüida para anular o auto de infração lavrado e cancelar o respectivo débito, por violação do devido processo legal e do direito à ampla defesa.

Sala das Sessões, em 6 de novembro de 2007

Marcelo Ribeiro Nogueira
MARCELO RIBEIRO NOGUEIRA Relator