



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

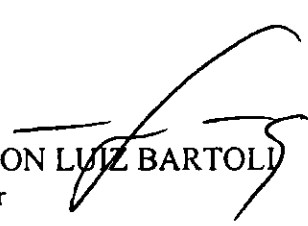
Processo nº 11065.004022/2002-81
Recurso nº 137724
Assunto Solicitação de Diligência
Resolução nº 303-01.498
Data 11 de novembro de 2008
Recorrente EDLO S/A PRODUTOS MÉDICOS
Recorrida DRJ - SANTA MARIA/RS

R E S O L U Ç Ã O Nº 303-01.498

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

RESOLVEM os Membros da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência, nos termos do voto do relator.


ANELISE DAUDT PRIETO
Presidente


NILTON LUIZ BARTOLI
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Luis Marcelo Guerra de Castro, Heroldes Bahr Neto, Vanessa Albuquerque Valente, Celso Lopes Pereira Neto, Priscila Taveira Crisóstomo (Suplente) e Tarásio Campelo Borges. Ausente a Conselheira Nanci Gama.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração às fls. 376/386, pelo qual é exigido Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, multa de ofício e acréscimos legais, decorrente de processo de verificação fiscal, no qual se constatou “declaração inexata de mercadoria”.

Segundo consta do item ‘descrição dos fatos’ (fls. 377), em procedimento fiscal de verificação do cumprimento das obrigações tributárias pelo contribuinte foi apurado as seguintes infrações: “PRODUTO SAÍDO DO ESTABELECIMENTO OU EQUIPARADO A INDUSTRIAL COM EMISSÃO DE NOTA FISCAL E OPERAÇÃO COM ERRO DE CLASSIFICAÇÃO FISCAL E/OU ALÍQUOTA”, visto a falta de lançamento de imposto por ter o estabelecimento promovido saída de produtos tributados com erro de classificação fiscal, conforme explicitado no relatório de verificação fiscal.

Fundamentou-se a infringência nos artigos 15, 16, 17, 23, inciso II, 32, inciso II, 109, 110, inciso I, alínea “b” e inciso II, alínea “c”, 114 e parágrafo único, 117, 118, inciso II, 182, 183, inciso IV e 185, inciso III, do Decreto nº 2.637/98 (RIPI/98).

Capitulou-se a os juros de mora no art. 61, § 3º da Lei 9.430/96.

O presente teve início com o Termo e Início de Fiscalização (fls. 04), no qual o contribuinte foi intimado a apresentar os seguintes documentos, relativos ao ano-calendário 1999:

Livro de Registro de Entradas;

Livro de Registro de Saídas;

Livro Registro de Apuração do IPI;

Livro Registro de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrência;

Contrato/Estatuto Social e suas alterações;

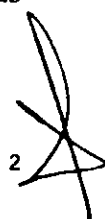
Notas Fiscais de Saídas;

Registro de Inventário.

Em resposta ao referido Termo de fiscalização, o contribuinte apresentou cópias das Intimações (anexo às fls. 05 e 06), lavrados pela fiscalização do ICMS, na qual a empresa foi intimada a apresentar quase toda documentação solicitada pela autoridade Fiscal Federal.

Às fls. 07, foi solicitado ao contribuinte o arquivo magnético contendo as notas fiscais de saídas, do ano-calendário de 1999.

2



Em 13 de maio de 2002, foi entregue à empresa Termo de Solicitação de Esclarecimentos (anexo às fls. 08), no qual foram solicitados os seguintes documentos:

relação dos produtos fabricados;
atos legais para embasamento da aplicação de alíquota zero de IPI;
informar se questionava qualquer tributo administrado pela Secretaria Receita Federal.

Em atendimento ao Termo de Solicitação de Esclarecimento, o contribuinte apresentou os seguintes documentos:

relação dos produtos fabricados (fls. 10/75);
solicitação do Laudo Técnico para o Departamento de Engenharia da Universidade do Rio Grande do Sul (fls. 76/116);
Ata da Assembléia Geral Ordinária (fls. 117/119 e 120/124);
cópia do Registro de Apuração do IPI (fls. 126/197);
Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica – DIPJ, anual calendário 1999 (fls. 198/244);
demonstrativos de fls. 247 a 336;
cópias das notas fiscais de saída (fls. 337/366);
Demonstrativos dos Saldos da Escrita Fiscal (fls. 367/371). Às fls. 372/ 375 consta o Relatório de Verificação Fiscal, no qual a autoridade fiscal analisa os documentos anexados pelo contribuinte e aduz: (fls. 372/375):

Que na análise dos livros e documentos da empresa, tanto na sede da empresa como junto à repartição local a Fiscalização do ICMS, onde se encontravam as Notas Fiscais e os Livros Registro e Entradas e Saídas de mercadorias, restou constatado que os produtos fabricados pela empresa, dos quais destaca pinças, tesouras, afastadores, porta-agulhas, etc..., foram classificados na posição 90189099, sujeitos à alíquota na ordem de 8% (oito por cento);

Contudo, a empresa ao dar a saída aos produtos de sua fabricação, classifica-os no ex 02 da referida posição, considerando-os “Linha Arterial ou Venosa”, sendo que nesta posição a alíquota do IPI passa a ser zero;

O critério utilizado pela empresa, bem como pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul para classificar a “linha Arterial ou Venosa” é que os produtos fabricados pela empresa são utilizados em procedimentos cirúrgicos e estes entram em contato com o sangue;

A fiscalização discordou do critério utilizado, pois “Linha Arterial ou Venosa”, é uma linha específica de produto destinado a transfusões de sangue e não instrumentos cirúrgicos que entram e contato com o sangue humano;

Da análise do ex 2 da posição 90189099 da TIPI/96, verificam-se explicitamente “Linha Arterial ou Venosa” e, da interpretação direta do texto, concluiu-se que é uma linha específica de produtos;

Logo, no entender da fiscalização, o contribuinte incorreu em erro ao classificar seus produtos no ex 02 da posição 90189099;

A autoridade fiscal, em posse da relação das notas fiscais de venda de produto do período sob a fiscalização, separou as notas fiscais daquelas em que não houve lançamento de IPI, bem como nas que houve lançamento a menor;

Visto que o contribuinte considera como ex 02, apenas os seus produtos que, quando em uso normal, entram em contato com o sangue humano, tributando normalmente os produtos que não apresentam esta característica;

Com base nas notas fiscais separadas, os r. auditores fiscais elaboraram a tabela constante às fls. 247 a 336, a fim de levantar a base de dados que consubstancia o erro de classificação do contribuinte.

Por fim, por todo o exposto, foi efetuado através do Auto de Infração o lançamento do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI que deixou de ser apurado nas operações que originaram as saídas relacionadas na referida tabela.

Ciente do Auto de Infração (fl. 376), o contribuinte interpôs tempestiva Impugnação de fls. 389/394, na qual alega, em síntese, que:

Transcreve a fundamentação legal contida no auto de infração, a fim de explicitar que não restou comprovado qual o critério utilizado para a aplicação da multa proporcional de R\$ 172.944,37, sobre uma base de cálculo indefinida;

Pelo que se pode deduzir do auto de infração, trata-se de IPI que teria sido informado na DCTF, relativos ao segundo, terceiro e quarto trimestre de 1999;

O relatório de apuração fiscal aduz que há discordância na classificação adotada pela empresa para seus produtos fabricados, pois para o contribuinte a classificação de suas mercadorias incidiria a alíquota do IPI zero, porém, o entendimento do i. Auditor-Fiscal é de que o produto tem a alíquota do IPI de 8%;

No Auto de Infração, a fiscalização discorda do critério utilizado pelo contribuinte para a “Linha Arterial ou Venosa”, sob o argumento de que “torna-se inconcebível ler linha arterial ou venosa e interpretar como equipamentos médicos-cirúrgicos que, quando no exercício de sua atividade-fim, entram em contato com o sangue humano.”;

Entende o contribuinte que não assiste razão a autoridade fiscal, pois, a classificação adotada não foi de modo discricionário e aleatório, visto se tratar de uma linha específica de produtos, basicamente composta de tubos e seringas plásticos e descartáveis, descartáveis, destinados às transfusões de sangue e não instrumentos cirúrgicos que, quando em operação, entram em contato com o sangue humano;

Para que a classificação adotada fosse correta, contratou serviços altamente qualificados e especializados;

4



Os instrumentos fabricados pelo contribuinte são utilizados em qualquer tipo de intervenção cirúrgica, por médicos que atuam no sistema vascular, sejam artérias ou veias.

“Logo após a primeira incisão, os vasos sanguíneos seccionados deverão ser pinçados e ligados. Isso é feito com os referidos instrumentos”;

“Todos os instrumentos identificados têm ação direta ou indireta sobre as estruturas vasculares – artérias e veias.”

No laudo anexo, a equipe técnica do Departamento de Engenharia Mecânica da Universidade Federal do Rio Grande do Sul conclui que os instrumentos fabricados pelo contribuinte integram a “linha arterial e venosa”, pois provocam o sangramento de artéria e/ou veia, ou “estacam” sangramento provocado por secção/ruptura de artéria ou veia.”;

Não é possível aceitar a conclusão de que os referidos instrumentos são instrumentos compostos de tubos e seringas plásticas descartáveis destinados às transfusões de sangue e que dessa classificação estejam excluídos os instrumentos referidos, fabricados pelo contribuinte;

Não cabe ao auditor restringir interpretativamente aquilo que o legislador não restringiu;

A classificação dada pelo contribuinte é técnico – jurídico e não há como dar interpretação distinta a que o contribuinte deu, pois a expressão “linha” é genérica, assim como genérica é a expressão “arterial e venosa”;

Ad cautelam, impugna os lançamentos, pois, não há autorização para a classificação “outros” adotados pela fiscalização, bem como a penalidade aplicada, visto que ainda que houvesse infração, hipótese aduzida ilustrativamente, ocorreria um erro justificável, já que não houve intuito, por parte do contribuinte, mas seria de justificável erro.

Diante do exposto, pede e espera que a defesa apresentada seja admitida e julgada procedente, para fim de que o Auto de Infração seja considerado insubsistente.

Instrui a referida impugnação os seguintes documentos constante às fls. 395/416, dentre estes: Relação de Bens para Arrolamento (fls. 401); Comunicação de Débitos (fls. 402); publicação no Diário Oficial da Indústria e Comércio do Estatuto Social da Empresa (fls. 408).

Encaminhados os Autos para a Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Santa Maria/RS, esta manteve o Auto de Infração (fls. 424/426), nos termos da seguinte ementa (fls.423):

“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS – IPI
Período de apuração: 20/04/1999 a 31/12/1999 IPI. CLASSIFICAÇÃO FISCAL Instrumentos cirúrgicos de direse, de dissecação, de hemostasia, de síntese, de exposição, de prensão etc., feitos de aço inoxidável de composição especial, classificam-se no código 9018.90.99 da TIPI/96, alíquota 8%. Lançamento Procedente” Cientificado da decisão proferida (AR de fl. 431), o contribuinte interpôs tempestivo Recurso Voluntário (fls. 434/449), no qual reitera os argumentos já apresentados e acrescenta os seguintes:

Preliminarmente A tempestividade do recurso interposto, visto que o contribuinte recebeu o AR da decisão de primeira instância do Auto de Infração em 28/12/2006, uma quinta-feira. Dispondo do prazo legal de 30 dias, o prazo para a interposição do recurso seria até 27/01/2007, que incidiu em um sábado. Logo, o prazo foi prorrogado para o dia 29 de janeiro de 2007.

Da nulidade da decisão por cerceamento de defesa Foi violado o direito garantido no inciso LV do art. 5º da Lex Magna, ante a não realização de perícia com a participação do contribuinte, indispensável para a correta classificação fiscal dos produtos objeto da lide;

A fim de ilustrar seu argumento transcreve r. doutrina do jurista Celso Ribeiro Bastos;

Argüiu, ainda, que se a perícia fosse realizada com a participação do contribuinte, através de seus assistentes técnicos, poderia confirmar a classificação fiscal das mercadorias e permitir a fiscalização e ao órgão julgador de primeira instância formular com clareza o seu juízo, o que não ocorreu no presente caso;

Por fim, conclui que a não realização da perícia incorre em flagrante cerceamento de defesa.

Do direito Da correta classificação fiscal adotada pela Recorrente Discorre sobre a crise da saúde pública, quanto à política do Governo Federal que permite a importação de instrumentos e equipamentos hospitalares e cirúrgicos de baixa qualidade, haja vista os subsídios que recebe dos países exportadores;

O contribuinte é vítima desta crise, pois tem vários créditos junto a hospitais e não consegue vender sua produção para atender seus compromissos com empregados, insumos, tributos e financiamentos;

Para elucidar a matéria, transcreve os artigos 1º e 2º do Decreto nº 2.995, de 19 de março de 1999 que dispõe acerca da alíquota zero para IPI ;

O cerne da questão é a definição da expressão “linhas artérias ou venosas”, sendo que a fiscalização entende que esta não abrange os produtos fabricados e comercializados pelo contribuinte;

O contribuinte considera, com base no Laudo Técnico do Departamento de Engenharia Mecânica da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, que linhas arteriais ou venosas são instrumentos de ação direta ou indireta sobre as estruturas vasculares. Para explicitar transcreve trecho do referido laudo;

Contudo, a legislação não esclarece o que seriam linhas “arteriais ou venosas”, desta forma há diversas interpretações para esta expressão;

A classificação fornecida pelo fisco não observa qualquer rigor técnico, bem como a verdadeira intenção do legislador;

A legislação que versa sobre o IPI não determina o que são linhas arteriais ou venosas, ou quais produtos fazem parte dessas linhas;

A foto anexada pela autoridade fiscal, na decisão recorrida, é uma sonda, um cateter, ou ainda cânulas de borrachas ou silicone, todos com classificação específica na tabela IPI – grupo do 9018.39.2. Logo, como a fiscalização ignora o que seja uma “linha arterial ou venosa” não pode argüir que os produtos fabricados pelo contribuinte não fazem parte desta linha;

Questiona se é possível a fiscalização classificar o produto fabricado pelo contribuinte como “outros”, só pelo fato de este ser tributado, visto que existe classificação específica na TIPI para “linha arterial e venosa”;

Responde o próprio questionamento com a transcrição das Regras Gerais para Interpretação da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias (NBM/SH) que dispõe “a posição mais específica prevalece sobre as mais genéricas.”

A aplicação de tal regra tem como base o princípio da tipicidade;

No Direito Tributário figura o princípio da tipicidade fechada, assim, não pode o intérprete tributar os termos linha arterial e venosa, visto o disposto no art. 110 do CTN;

Do montante cobrado a título de multa O Pleno do STF decidiu que em 14/08/1975, que para a indenização da mora são previstos juros e correções monetária (RTJ nº 8, pág. 104). Conclui, portanto, que a multa não tem natureza de indenização moratória e sim natureza punitiva;

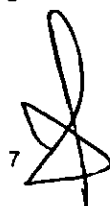
O IV Simpósio Nacional de Direito Tributário, realizado em 1979, conclui que multa por não recolhimento, tem caráter punitivo;

Cita o acórdão de julgamento do RE 80.093-SP do Pleno do Supremo Tribunal Federal, que entendeu que a natureza da multa fiscal é moratória;

O princípio da capacidade contributiva, previsto no art. 145, § 1º da CF 88, o qual transcreve, impede a aplicação de penas exorbitantes;

A multa de 75% tem caráter confiscatório.

7



A fim de corroborar seus argumentos transcreve decisões Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Regional Federal, Primeiro, Segundo e Terceiro Conselho dos Contribuintes.

Por fim, requer que seja provido em todos os seus termos o presente recurso, reformando-se a decisão proferida pela DRJ de Santa Maria, com o julgamento de improcedência do Auto de Lançamento combatido e sua conseqüente desconstituição.

Instrui o presente recurso voluntário os documentos anexos às fls. 451 a 467, dentre estes procuração dos outorgados (fls.454) e Relação de Bens para Arrolamento (fls.465). Tendo em vista o disposto na Portaria MF nº 314, de 25/08/1999, deixam os autos de serem encaminhados para ciência da Procuradoria da Fazenda Nacional, quanto ao Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte.

Os autos foram distribuídos a este Conselheiro, em 3 (três) volumes constando numeração até às fls. 473, última.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro NILTON LUIZ BARTOLI, Relator.

Trata-se de recurso voluntário tempestivo que dele tomo conhecimento por tratar-se matéria de competência deste Conselho.

De início, faz-se necessário dizer sobre o pedido de dispensa do prévio depósito/arrolamento de bens e direitos para o conhecimento do recurso voluntário que foi alegado em preliminar.

Em 28/03/2007 o plenário do Supremo Tribunal Federal – STF declarou inconstitucional a exigência de depósito prévio ou de arrolamento em recurso administrativo quando do julgamento da ADI 1976 e ADI 1922, que teve como relator o Ministro Joaquim Barbosa.

Posteriormente, em de 05 de junho do corrente, a Receita Federal do Brasil publicou o Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 09, tratando sobre a inexigibilidade do arrolamento de bens e direitos como condição para seguimento do recurso voluntário.

Assim, reconhecida à inconstitucionalidade, deixo de exigir o prévio depósito/arrolamento de bens e direitos para o conhecimento do recurso voluntário interposto.

Como descrito no relatório, cuida o presente processo de auto de infração lavrado em face do contribuinte, por entender a fiscalização que este promoveu a saída de produtos tributados classificados sob o código 9018.90.99, no Ex – 02 “Linha arterial ou venosa”, cuja alíquota é de 0% (zero por cento), tida como incorreta.

Aduz a fiscalização que a classificação correta dos produtos é sob o código 9018.90.99 – Outros, alíquota de 8%, uma vez que:

“Ocorre que esta fiscalização discorda do critério utilizado para avaliação, pois, ao nosso ver, “Linha Arterial ou Venosa” é uma linha específica de produtos, basicamente composta de tubos e seringas plásticos e descartáveis, destinados à transfusões de sangue e não instrumentos cirúrgicos que, quando em operação, entram em contato com o sangue humano.

Analisando o ex 02 da posição 90189099 da TIPI/96, encontramos lá, explicitamente: “Linha Arterial ou Venosa”. Da interpretação direta do texto, conclui-se: trata-se de uma linha específica de produtos. Torna inconcebível ler “linha arterial ou venosa” e interpretar como “equipamentos médicos-cirúrgicos que quando no exercício da sua atividade-fim, entram em contato com o sangue humano”.

Insta então, analisar a estrutura da posição 9018.90.99, que segue abaixo:

9018INSTRUMENTOS E APARELHOS PARA MEDICINA, CIRURGIA, ODONTOLOGIA E VETERINÁRIA, INCLUÍDOS OS APARELHOS PARA CINTILOGRAFIA E OUTROS APARELHOS ELETROMÉDICOS, BEM COMO OS APARELHOS PARA TESTES VISUAIS...

Outros instrumentos e aparelhos 9018.90.10 Para transfusão de sangue ou infusão intravenosa 9018.90.2 Bisturis 9018.90.21 Elétricos 9018.90.29 Outros 9018.90.3 Litótomos e litotritores 9018.90.31 Litotritores por onda de choque 9018.90.39 Outros 9018.90.40 Rins artificiais 9018.90.50 Aparelhos de diatermia 9018.90. 9 Outros 9018.90.91 Incubadora para bebês 9018.90.92 Aparelhos para a medida de pressão arterial 9018.90.93 Aparelhos para terapia intra-uretral por microondas (TUMT), próprios para o tratamento de afecções prostáticas, computadorizados 9018.90.94 Endoscópios 9018.90.95 Grampos e cliques, seus aplicadores e extratores 9018.90.96 Desfibriladores externos que operem unicamente em modo automático ("AED - Automatic External Defibrillator") 9018.90.99 Outros Ex 01 - Conjunto descartável de circulação assistida e conjunto descartável de balão intra-aórtico Ex 02 - Linha arterial e venosa....(g.n) Diante do exposto, constata-se a dificuldade de se obter a correta classificação do produto fabricado pelo contribuinte, pois a fiscalização, como dito anteriormente, entende que os produtos enquadrados em "Linha arterial e venosa", são *"tubos por onde passam sangue arterial ou venoso, utilizadas, exemplificativamente, em hemodiálises, ou, em determinadas intervenções cirúrgicas, na criação de um novo trajeto vascular (bypass), a fim de preservar a circulação sanguínea."*

Enquanto o contribuinte, por sua vez, com base em laudo elaborado pelo Departamento de Engenharia do Rio Grande Sul (fls.76/77), entende que os produtos de sua fabricação podem ter a classificação no Ex 02, em razão de entrar em contato com o sangue humano.

Entretanto, não há elementos nos autos, assim como na TIPI, que possibilite determinar qual é a correta classificação dos produtos, haja vista que a classificação adotada pela fiscalização foi a genérica por exclusão, ou seja, as mercadorias por não se enquadrarem em nenhum dos códigos ali elencados, foram classificadas sob o código nº 9018.99.

Os argumentos utilizados pela fiscalização para refutar a classificação do contribuinte no Ex. 02, também não encontram guarida na TIPI, pois esta não especifica, assim como não dá margem para o que vem a ser considerado como "Linha arterial e venosa".

O Ex 02 foi introduzido na TIPI através do Decreto nº 2.995, de 19/03/1999, como se verifica no excerto abaixo:

" (...)Art.2º Ficam criados na TIPI os desdobramentos dos códigos de classificação de produtos, efetuados sob a forma de destaque "Ex", conforme abaixo indicado, sendo fixadas em zero as respectivas alíquotas:

(...)IV-9018.90.99: (...) Ex 02- Linha arterial ou venosa.

(...)."É sabido que toda lei ou decreto tem uma razão, um escopo, o qual é trazido no projeto que lhe deu origem, quero dizer: o projeto que deu origem ao decreto em comento traz por quais razões foram reduzidas a alíquota da Linha arterial ou venosa, bem como o que poderia ser considerado como Linha arterial e venosa.

Enfim, qual era o real objetivo do legislador.

Com efeito, em casos como o presente tenho me posicionado no sentido de que a busca pela Verdade Material, supedâneo do processo administrativo, na esteira do ordenamento constitucional vigente, somente é possível a partir da produção de prova técnica, esta que fornece ao julgador os elementos necessários para a melhor solução da lide.

Ante o exposto, e o que mais dos autos consta, voto no sentido de CONVERTER O PRESENTE JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA, a fim de que, os autos sejam remetidos ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio, por intermédio da repartição de origem, para que aquele forneça cópia do 'processo' que deu origem ao Ex 02, objeto do litígio, onde constem as razões para sua criação e o que pode ser considerado como Linha arterial e venosa.

Após o atendimento da diligência, retornem os autos a esta E.Câmara para julgamento.

É como voto.

Sala das Sessões, em 11 de novembro de 2008.


NILTON LUIZ BARTOLI - Relator