



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 12466.722451/2011-74
Recurso Voluntário
Resolução nº **3003-000.361 – 3ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária**
Sessão de 20 de fevereiro de 2024
Assunto SOLICITAÇÃO DE DILIGÊNCIA
Recorrente GALDERMA BRASIL LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por maioria de votos, em converter o julgamento em diligência nos termos do voto da relatora, vencidos os conselheiros Ricardo Rocha de Holanda Coutinho e Wagner Mota Momesso de Oliveira (Substituto convocado) que rejeitaram a proposta de diligência.

(documento assinado digitalmente)

Marcos Antônio Borges - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Keli Campos de Lima – Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: George da Silva Santos, Keli Campos de Lima, Marcos Antônio Borges, Onizia de Miranda Aguiar Pignataro, Ricardo Rocha de Holanda Coutinho, Wagner Mota Momesso de Oliveira (substituto convocado).

Relatório

Cuida-se de recurso voluntário interposto contra o Acórdão nº 08-043.450 da 2ª Turma da DRJ/FOR, que, por unanimidade de votos, julgou parcialmente procedente a impugnação exonerando a Recorrente : i) da totalidade das exigências das contribuições sociais para o PIS e Cofins, no valor total de R\$ 2.529,15 de Cofins e de R\$ 540,20 de PIS, incluídos os correspondentes juros de mora e multa de ofício de 75%; ii) da exigência da multa por falta de LI, prevista no art. 169, alínea "b", do Decreto-Lei nº 37, de 18/11/1966, no valor total de R\$ 64.278,21, e, mantendo: i) a exigência de IPI, no valor total de R\$ 55.622,08; ii) a multa por classificação fiscal incorreta da mercadoria, prevista no art. 84, inciso I, da MP nº 2.158-35/2001, no valor total de R\$ 2.142,60

Para fins de economia processual adoto o relatório da decisão recorrida a fim de elucidar os fatos que motivaram a autuação, vejamos:

Relatório

Fl. 2 da Resolução n.º 3003-000.361 - 3ª Sejul/3ª Turma Extraordinária
Processo n.º 12466.722451/2011-74

Trata o presente processo da exigência no valor total de R\$ 125.112,24, referente ao Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) e às contribuições sociais para o PIS e Cofins, acompanhadas dos juros de mora e multa de ofício no percentual de 75%, em razão de erro na classificação fiscal e de exclusão em Ex-tarifário, além das multas por classificação fiscal incorreta, prevista no art. 711, inciso I, art. 84 da MP 2.158-35/2001 c/c art. 69, § 1º, da Lei 10.833/2003 (fls. 78/111), e por importação desamparada de Licença de Importação (LI), prevista no art. 706, inciso I, alínea "a", do Decreto n.º 6.759/2009, em desfavor da empresa GALDERMA BRASIL LTDA, CNPJ: 00.317.372/0004-99, doravante designada por GALDERMA.

Da Autuação

A autoridade fiscal afirma que, consoante descrição dos fatos constante dos Autos de Infração, a empresa acima identificada (fls. 78/111), ao amparo da Declaração de Importação (DI) n.º 11/1002553-1, adição 001, registrada em 01/06/2011, submeteu a despacho aduaneiro mercadoria descrita como "creme para o rosto com ação fotoprotetora", classificada erroneamente no código tarifário 3304.99.90 da NCM e enquadrada indevidamente no Ex-tarifário 02, próprio para preparados anti-solares, tendo o produto sido reclassificado para o código tarifário 3304.99.10, e excluído do Ex-tarifário, por o produto importado creme hidratante para todos os tipos de pele, ter apenas função secundária de protetor solar. Foram lavrados autos de infração referentes às exigências de: a) IPI, em razão da reclassificação fiscal e exclusão do Ex-tarifário; b) contribuições sociais para o PIS e Cofins, em razão da inclusão na base de cálculo dessas contribuições do valor devido do IPI, acompanhadas de juros e de multa de ofício de 75%; c) multa por classificação fiscal incorreta, prevista no art. 711, inciso I, do Decreto n.º 6.759/2009 (art. 84 da MP 2.158-35/2001 c/c art. 69, § 1º, da Lei 10.833/2003); d) multa por falta de LI, prevista no art. 706 do Decreto n.º 6.759/2009.

Argumenta a Fiscalização que, em exame físico, realizado na conferência aduaneira da mercadoria, na presença de representante do importador, nos termos do art. 564 do RA, com coleta de amostra, constatou que o produto importado constituía efetivamente uma creme hidratante facial com relativamente baixo fator de proteção solar (FPS 15), tendo em vista, as informações expressas contidas no recipiente e embalagem externa do produto, que atestariam inequivocamente sua função principal de hidratante facial, ainda que acompanhada de positiva e secundária ação de proteção solar, conforme informações nas embalagens do produto, com destaque para o tamanho das letras e ordem prioritária - fotos às fls. 12 a 14 dos autos da DI n.º 11/1002553-1 (fls. 29).

Em face dessa constatação de erro na classificação fiscal e no enquadramento em Ex-tarifário, o importador foi intimado em 14/06/2011 (fls. 27) a "proceder às devidas retificações com recolhimento das diferenças de tributos e multas devidos, além da apresentação de LI substitutiva (fls. 10, dos autos da DI n.º 11/1002553-1), com ciência do mesmo em 14/06/2011, mediante o devido reenquadramento tarifário na NCM 3304.99.10 [...]".

Ressalta a autoridade fiscal que o reenquadramento tarifário para o código NCM 3304.99.10, por ser esse código próprio para cremes de beleza e cremes nutritivos, além de loções tônicas, com fundamento Regra n.º 1 de Sistema Harmonizado e nas Regra 2.b, 3, 3.a e 3.b.

Aduz que a interessada apresentou discordância da exigência fiscal, em 04/07/2011, onde, após arguir a falta de fundamentação do termo de intimação, justifica a classificação fiscal no código tarifário NCM 3304.99.90 por ela adotado, em razão do enquadramento do produto na lista de produtos de grau 2 (subitem 47 do item II do Anexo II da RDC n.º 211, de 14/07/2005, da ANVISA, ou seja, protetores solares), diante da inexistência de texto de subitem específico para cremes com ação fotoprotetora nesta mesma lista (fls. 16 a 55, dos autos da DI n.º 11/1002553-1).

Fl. 3 da Resolução n.º 3003-000.361 - 3ª Sejul/3ª Turma Extraordinária
Processo n.º 12466.722451/2011-74

Segue em seu relato a autoridade fiscal, apresentando os motivos pelos quais não foram aceitas as contestações da interessada:

- Que o parágrafo 2º do texto do Termo de Intimação (fls. 10, dos autos da DI n.º 11/1002553-1) informa claramente que os motivos da exigência fiscal foi a constatação, após a conferência aduaneira, da aplicação principal ou essencial do produto (creme hidratante facial), acompanhada de ação secundária benéfica de fotoproteção.
- Que a exigência fiscal no curso do despacho aduaneiro decorre tão somente da constatação de ocorrência que impede seu prosseguimento e após a interrupção do mesmo, devendo refletir de maneira simples, direta e segura o entendimento do fisco, que proporcione o acolhimento ou não, mediante o pagamento ou não do crédito tributário eventualmente decorrente, independentemente de processo, pelo importador, no qual não se cogita ainda do contraditório e da ampla defesa.
- Que, somente após a manifestação de inconformidade do importador, estará a autoridade fiscal obrigada a efetuar o respectivo lançamento (auto de infração) com estrita obediência à forma prevista no Decreto n.º 70.235/72, especialmente no tocante à motivação (fundamentação) fática e legal, e posterior abertura da fase contraditória, possibilitando a ampla defesa do autuado, em respeito aos ditames constitucionais e inaugurando a fase litigiosa do processo, consoante o art. 570 do Decreto 6.759/09.

Aduz a autoridade fiscal que não resta qualquer dúvida que os protetores solares se enquadram na lista da ANVISA indicada pela interessada, a questão é que o produto não é essencialmente um protetor solar, mas sim um creme hidratante facial com ação fotoprotetora (FPS 15). Tal informação abunda em seu recipiente, em sua embalagem e na internet (fls. 11 a 14 dos autos da DI n.º 11/1002553-1).

E que a interessada intenta convencer que "o produto seria um protetor solar por estar incluído na lista de produtos de grau 2 da RDC 211/05 da ANVISA (subitem 47 - protetor solar)".

No entanto, entende a autoridade fiscal que o produto deve realmente figurar nesta lista de grau 2, mas por critérios absolutamente diversos, em função do risco oferecido ao consumo, sem jamais deixar de ser o que realmente é, um creme hidratante facial com ação fotoprotetora.

Salienta que a simples leitura dos títulos das Listas de Tipos de Produtos de Grau 1 ou 2 dos Anexos I e II da RDC n.º 211/05 da ANVISA, respectivamente, demonstram que tais listas somente podem se revestir de natureza exemplificativa, e não taxativa. No próprio texto das definições de produtos de Grau de risco 1 ou 2 do Anexo II, estas listas são tratadas como meramente indicativas. Está claro, pois, que determinar se o produto vai para a Lista de Grau 1 ou 2 depende das definições do Anexo II da RDC 211/05, calcadas na existência ou não de indicações específicas, cujas características exigem comprovação de segurança e/ou eficácia, bem como informações e cuidados, modo e restrições de uso do produto, ou seja, do potencial risco oferecido pelo produto ao consumidor, e não da simples busca textual da inclusão da denominação do produto em uma ou outra lista, repita-se, de caráter simplesmente indicativo.

Ainda que fosse admitido, apenas para efeito de controle sanitário, que todo creme hidratante facial com ação fotoprotetora, ainda que mínima, fosse enquadrado como protetor solar, como quer a interessada, na falta de subitem específico para tais produtos na lista de grau 2 da RDC n.º 211 da ANVISA, tal permissão não contaminaria o controle tributário, afeto exclusivamente à Receita Federal do Brasil e vinculado às regras de interpretação do sistema harmonizado e a correta aplicação da NCM, por se tratarem de instâncias administrativas distintas e autônomas, cabendo a este último órgão da Administração a classificação fiscal das mercadorias, ex-vi do Art. 564 do RA/2009.

Fl. 4 da Resolução n.º 3003-000.361 - 3ª Sejul/3ª Turma Extraordinária
Processo n.º 12466.722451/2011-74

Afirma também a autoridade fiscal que na análise da anuência do licenciamento administrativo da importação (LI) do produto, no presente caso concretizada pela emissão da LI n.º 11/1376099-5 (fls. 56, dos autos da DI n.º 11/1002553-1), a ANVISA limitou-se à admissão, em seu entendimento equivocada, do enquadramento do mesmo na NCM (3304.99.90), não adentrando o mérito da aferição do enquadramento no Ex-tarifário 02 (preparados anti-solares), tarefa de natureza fiscal e, por isso mesmo, de competência exclusiva da RFB.

Que as próprias notas explicativas do sistema harmonizado tratam as exclusivas preparações anti-solares como sinônimo de filtros solares, o que, afasta ainda mais o produto em tela (creme hidratante com ação de fotoproteção) da NCM 3304.99.90, própria daquelas preparações (fls. 32).

Diante do exposto, foi exigida a reclassificação fiscal do produto para a NCM 3304.99.10, com apresentação de LI substitutiva e recolhimento dos tributos e multas cabíveis.

Da Impugnação

A ciência aos autos de infração de deu em 23/11/2011, pessoalmente ao procurador do sujeito passivo (fls. 80, 94, 99, 105 e 110). Em 23/12/2011 (fls. 113/115), o sujeito passivo postou via Sedex dos Correios sua peça impugnatória (fls. 116/157) e documentos (fls. 158/198), na qual após apresentar breve relato dos autos, apresenta suas razões de defesa, em síntese:

PRELIMINARMENTE

DA FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DOS AIIM'S

- Que o ato administrativo deve, para que possa ser tido como válido e legítimo, atender a determinados requisitos, alguns deles elevados à categoria de princípios, dentre os quais, o da motivação (fundamentação).
- Que, após apresentar entendimentos de doutrinadores acerca da obrigatória motivação dos atos administrativos e dos princípios constitucionais e administrativos albergados, afirma que a autoridade fiscal esqueceu de motivar os autos de infração, impedindo que a impugnante exercesse seu direito de defesa.
- Que, assim o fez ao não demonstrar, através de exames físicos e/ou documentais (como havia, inicialmente, sugerido à Chefe da SAPEA), e, sequer, abordar, as características e finalidades (leia-se também propriedades) essenciais do produto CETAPHIL FPS 15, e o "porque" do mesmo não poder ser classificado na posição 3304.99.90 - ex. 02 da TIPI (proteção solar), utilizada pela Impugnante.
- Que ao se omitir de apontar o motivo (mediante análise, mesmo que superficial, de sua composição química e/ou finalidade) pelo qual o produto CETAPHIL FPS 15 não poderia ser classificado na posição 33.04.99.90 - ex. 02 da TIPI, como poderia a Impugnante, com efetividade, impugnar ou contestar esta alegação?
- Que, assim, que os AIIM's estão maculados com vício de nulidade absoluta, face à violação aos artigos 5º, inciso LV, 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988. Cita ainda a jurisprudência do STF (STF, 1ª Turma, RE n.º 80.255/SP, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, 18.03.75, D.J.U. 18.04.75).
- Que, adotando-se entendimento contrário, estar-se-á impingindo à Impugnante o ônus de produzir prova impossível, pois como poderá demonstrar a legalidade da classificação fiscal adotada se não consta, dos AIIM's, os motivos pelos quais o produto CETAPHIL FPS 15 não possuiria as características e finalidades eleitas pela posição 33.04.99.90 ex. 02 da TIPI?! Cita julgados do CSRF e do CARF (CSRF, recurso de

Fl. 5 da Resolução n.º 3003-000.361 - 3ª Sejul/3ª Turma Extraordinária
Processo n.º 12466.722451/2011-74

divergência n.º 302.123964, 3ª Turma, processo n.º 13808.002157/92-81, Rel. Conselheiro Moacyr Eloy de Medeiros, Acórdão CSRF/03-03.538 -destaques da Impugnante; (3º CCMF, 1ª Câmara, processo n.º 10314.000387/2002-94, recurso de ofício n.º 125.485, Rel. Cons. Carlos Henrique Klaser Filho, sj. 05.12.2002) DO MÉRITO DA AUSÊNCIA DE LAUDO TÉCNICO / LAVRATURA DE AIIM COM BASE EM RECIPIENTE E EMBALAGEM DE PRODUTO

- Que a autoridade fiscal baseou-se, apenas, no recipiente e na embalagem do produto CETAPHIL FPS 15 para rechaçar, de uma só vez, a classificação fiscal apontada pela Impugnante, o Parecer apresentado, o registro deste produto junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA e o teor da Resolução Mercosul/GMC n.º 110/1994 e da Resolução da Diretoria Colegiada da ANVISA-RDC n.º 211/2005.

- Que a análise da composição do produto CETAPHIL FPS 15, dos elementos que o integram e de sua finalidade essencial, portanto, não foram sequer abordadas pelos AIIM's. O cotejo entre todos estes elementos, então, é que nem mesmo foi cogitado!!

- Que o recipiente e a embalagem do produto CETAPHIL FPS 15 poderiam, no máximo, ser utilizados pela r. Autoridade Fiscal como elementos indiciários, o que justificaria a instauração de procedimento administrativo, visando produzir as provas necessárias à demonstração de que a pretensão fiscal estaria correta.

- Que, em outras palavras, tais fatos não poderiam ser tidos como suficientes para comprovar a irregularidade da classificação fiscal adotada pelo Impugnante, tendo em vista que:

(a) recipiente e embalagem de produto e NÃO constam do capítulo 3304 da TIPI, de suas Notas Explicativas, das Regras Gerais de Interpretação ou mesmo da NESH; e,

(b) recipiente e embalagem de produto não podem ser tidos como elementos definidores da classificação fiscal de mercadorias, pois, ao assim entender, bastaria ao contribuinte inserir-lhes os elementos que lhe interessam para, assim, impor ao Fisco Federal a obrigação de aceitar a classificação fiscal que entende conveniente;

(c) a classificação fiscal defendida pela Impugnante se escora em Parecer elaborado pela Doutora MARIA VALÉRIA ROBLES VELASCO, Professora do Departamento de Farmácia da Faculdade de Ciências Farmacêuticas da Universidade de São Paulo - USP e membro da Câmara Técnica de Cosméticos da ANVISA, da análise realizada in concreto pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, do teor da Resolução Mercosul/GMC n.º 110/1994 e da Resolução da Diretoria Colegiada da ANVISA-RDC n.º 211/2005.

- Que, nesse sentido, traz precedentes das Delegacias da Receita Federal de Julgamento, segundo os quais é dever do Fisco produzir provas robustas (ex. laudo técnico) de que a classificação fiscal indicada pelo contribuinte equivocadas (DRJ/SP2, 2a T., acórdão n.º 17-55551, de 24.11.2011).

- Que o item 3, letras "a" e "b", das RGI's, aplicáveis a produtos misturados ou artigos compostos (item 2 das RGI's), é objeto ao dizer que a classificação fiscal requer a análise das matérias constitutivas do produto, de suas finalidades singularmente consideradas, e destas globalmente consideradas.

- Que a omissão da análise, mesmo que superficial, da composição química e da finalidade (intrínseca ou mesmo extrínseca) do produto CETAPHIL FPS 15, resta mais do que patente a improcedência dos AIIM's em exame, pois desprovidos de qualquer subsídio fático-jurídico capaz de sustentar a exegese por eles defendida.

- Que à luz do artigo 16 do Decreto n.º 7.212/2010 (RIPI/2010), como das RGI's e da jurisprudência firmada pela Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), para quem é

Fl. 6 da Resolução n.º 3003-000.361 - 3ª Sejul/3ª Turma Extraordinária
Processo n.º 12466.722451/2011-74

dever da r. Autoridade Fiscal analisar a finalidade intrínseca (composição) do produto, e, com base neste elemento, definir a classificação.

- Que, nesse sentido, destaca julgados da CSRF e do antigo Conselho de Contribuintes, atual CARF (CSRF, 3ª T., recurso especial n.º 302-120381, processo n.º 11128.001184/95-68, Rel. Cons. NILTON LUIZ BARTOLI, j. 09.08.2005, Acórdão CSRF/03-04.531 n.º 301-34600; 3o CCMF, recurso voluntário n.º 335.189, 2ª Câmara, processo n.º 10875.000787/2005-97, Rel. Cons. Rosa Maria De Jesus Da Silva Costa De Castro, Acórdão n.º 302-38651.

- Que, a partir de 14/7/2010, com a edição da Portaria MF n.º 383/2010, os auditores fiscais da RFB estão obrigados a observar a Súmula Carf n.º 17, dado o seu efeito vinculante. Apesar de os AIs em foco terem sido lavrados em setembro de 2010, o verbete sumular citado não foi cumprido, razão pela qual o cancelamento da multa ex officio é medida que se impõe.

DA CORREÇÃO DA CLASSIFICAÇÃO FISCAL INDICADA PELA IMPUGNANTE / FRAGILIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO DOS AIIM'S

- Que consta dos AIIM's que a inclusão do CETAPHIL FPS 15, no Anexo II da Resolução da Diretoria Colegiada da AN VISA - RDC n.º 211/2005 (que nacionalizou a Resolução Mercosul/GMC n.º 110/1994), atinente aos protetores solares, se daria em "função dos riscos oferecidos ao consumo", (...) "

- Que se esquece a Autoridade Fiscal que o item 3 do Anexo II da RDC n.º 211/2005, de forma clara e expressa, diferencia os produtos previstos em seu Anexo I (hidratantes) e II (protetores solares) em razão, também, de sua formulação (leia-se composição) e finalidade de uso (finalidade essencial), o que, por si só, já demonstra a improcedência de sua assertiva

- Que, não bastasse, tem-se, ainda, que este (FORMULAÇÃO E FINALIDADE) foi o critério adotado pela RDC n.º 211/2005 para dividir os produtos em "hidratante" e "protetor solar", pois o item 9 de seu Anexo I é expresso ao dizer que naquela posição inserirem-se, apenas, os "Creme, creme e gel para o rosto (sem ação fotoprotetora da pele e com finalidade exclusiva de hidratação)". E o item 47 do Anexo II da Resolução da Diretoria Colegiada da ANVISA - RDC n.º 211/2005, complementando, abarcou o gênero protetor solar", ou seja, produtos que tenham a função de proteger a pele dos raios solares (tais como o CETAPHIL FPS 15). • Que não há no item 9 do Anexo I da Resolução da Diretoria Colegiada da ANVISA - RDC n.º 211/2005, ou mesmo no item 47 de seu Anexo II, qualquer menção à hidratantes ou protetores solares com maior ou menor grau de perigo, cuidado ou efeitos colaterais, como enganadamente argui a r. Autoridade Fiscal.

- Que a legislação pátria, e, mais especificamente, a Resolução Mercosul/GMC n.º 110/1994 e a Resolução da Diretoria Colegiada da ANVISA - RDC n.º 211/2005, prescrevem justamente o contrário: não há hidratante classificável na posição 3304.99.10 (cremes de beleza) da TIPI que apresente, mesmo que minimamente, função de proteção solar, de modo que os produtos com função híbrida de proteção solar e hidratação devem ser classificados na posição 3304.99.90 ex. 02 (preparações anti-solares) da TIPI.

- Que a Resolução da Diretoria Colegiada da ANVISA - RDC n.º 211/2005, que nacionalizou a Resolução Mercosul/GMC n.º 110/1994, dispõe, expressamente, que apenas os hidratantes sem função fotoprotetora da pele poderão ser inseridos em seu Anexo I, de modo que aqueles que tenham função fotoprotetora deverão ser incluídos em seu Anexo II.

- Que, a partir do momento em que o produto CETAPHIL FPS 15 foi definido pela ANVISA como espécie de protetor solar, parece claro, também em razão do 3º do

Fl. 7 da Resolução n.º 3003-000.361 - 3ª Sejul/3ª Turma Extraordinária
Processo n.º 12466.722451/2011-74

Decreto n.º 79.094/1977, que esta (proteção solar) é a sua finalidade e sua natureza à luz dos elementos que o caracteriza (composição química).

• Que, no que toca à afirmação da r. Autoridade Fiscal, no sentido de que os Anexos I e II da RDC n.º 211/2005, teriam natureza meramente exemplificativa, e não taxativa, e que isso justificaria o não-enquadramento do produto CETAPHIL FPS 15 como espécie de protetor solar, a Impugnante se limita a ressaltar que isso:

(a) desconsidera a existência do item 9 do Anexo I da Resolução da Diretoria Colegiada da ANVISA - RDC n.º 211/2005, que é expresso ao dizer que naquela posição inserem-se, apenas, os: "Creme, creme e gel para o rosto (sem ação fotoprotetora da pele e com finalidade exclusiva de hidratação)"; (Destaques da Impugnante)

(b) nega validade ao item 47 do Anexo II da Resolução da Diretoria Colegiada da ANVISA - RDC n.º 211/2005, que inclui o "protetor solar" em seu item 47, diferenciando-o, claramente, dos produtos hidratantes (que não podem ter ação fotoprotetora da pele e devem almejar, em caráter exclusivo, a hidratação);

(c) contradiz fato de comezinho e notório conhecimento, qual seja, o de que a existência de protetores solares com função hidratante antecede, em muito, a edição da Resolução da Diretoria Colegiada da ANVISA - RDC n.º 211/2005;

(d) parte da falsa premissa de que seria permitido produzir e comercializar, em território nacional, produtos de natureza cosmética e/ou medicamentosa sem a prévia autorização da ANVISA, pois, como consta dos artigos 2º, incisos VIII e IX, e 3º, §1º, inciso III, da Portaria Ministério da Saúde - MS n.º 354/2006, que instituiu O regimento interno deste r. órgão. [...]

(d.l) como isso não é juridicamente possível, não há sentido, e muito menos razoabilidade, em se defender que a Resolução da Diretoria Colegiada da ANVISA - RDC n.º 211/2005 ostentaria natureza exemplificativa (e não taxativa). Até mesmo porque a regulamentação imposta por nosso ordenamento jurídico para a produção, importação e comercialização de cosméticos diz, justamente, o contrário!

• Que a diferenciação defendida pela Impugnante nestes autos a levou a classificar o produto CETAPHIL RESTORADERM (também importado na DI n.º 11/1002553-1) na posição 3304.99.10 (cremes de beleza) da TIPI, deixando, para a posição 3304.99.90 ex. 02 (preparações anti-solares), o produto CETAPHIL FPS 15: enquanto o primeiro tem como função principal hidratar, o segundo tem como função principal a proteção solar (e como função secundária a hidratação).

DA CORREÇÃO DA CLASSIFICAÇÃO FISCAL INDICADA PELA IMPUGNANTE
/ PARECER ELABORADO PELA PROFESSORA DOUTORA MARIA VALÉRIA
ROBLES VELASCO - USP/ANVISA

• Que, a Impugnante solicitou que fosse elaborado Parecer pela Professora Doutora Maria Valéria Robles Velasco, Professora do Departamento de Farmácia da Faculdade de Ciências Farmacêuticas da Universidade de São Paulo - USP e Membro da Câmara Técnica de Cosméticos da ANVISA, onde ficasse abordada a natureza, finalidade essencial e composição do produto CETAPHIL FPS 15 (doc. 03).

• Que o Parecer esclarece, primeiramente, os "componentes do veículo", para, posteriormente, adentrar na análise de seus "componentes ativos". Nestes últimos ("componentes ativos"), adiante-se, incluir-se-iam apenas elementos com função de "proteção solar". • Que, após traçar largas considerações acerca da composição do produto CETAPHIL FPS 15, aborda a finalidade essencial ou principal deste produto, e, o fazendo, concluiu que esta é caracterizada pela proteção solar, e não pela hidratação.

Fl. 8 da Resolução n.º 3003-000.361 - 3ª Sejul/3ª Turma Extraordinária
Processo n.º 12466.722451/2011-74

- Que esclareceu que o CETAPHIL FPS 15 não tem qualquer substância ativa relacionada à hidratação (efeito secundário), e que esta decorreria, apenas, da presença da glicerina, o que reforçaria a fotoproteção como sua função principal.

- Que, rebatendo o argumento engendrado pela r. Autoridade Fiscal, no sentido de que o CETAPHIL FPS 15 seria um produto com hidratante com função secundária de proteção solar, a ilustre Parecerista trouxe a baila os itens 5.1 a 5.3 da Resolução-RDC N.º 237, de 22 de agosto de 2002

- Que, ao concluir, à luz das RGI's, em especial de seu item 3, letras "a" e "b", e atestou, em termos claros e límpidos, que o CETAPHIL FPS 15 deve ser classificado fiscalmente como espécie de protetor solar, pois isso decorre tanto seus elementos constitutivos, como de sua finalidade essencial.

- Que, por conseguinte, tendo em vista o disposto no item 3, letras "a", "b" e "c" das RGI's, é lícito concluir que:

(i) a classificação fiscal adotada pela Impugnante está correta em razão do item 3, letra "a", das RGI's, pois a finalidade essencial do CETAPHIL FPS 15 é proteção solar;

(ii) a classificação fiscal adotada pela Impugnante está correta em razão do item 3, letra "b", das RGI's, pois a finalidade essencial dos elementos que compõem o CETAPHIL FPS 15, e, especialmente, de suas princípios ativos, é a proteção solar; e,

(iii) a classificação fiscal adotada pela Impugnante está correta em razão do item 3, letra "c", das RGI's, pois a posição 3304.90.99 ex 02 é posterior ou numericamente maior que a posição 3304.99.10 (defendida pelo Fisco). • Que, a Impugnante ressalta que o erro incorrido pela r. Autoridade Fiscal ao lavar os AIIM's em exame decorre, justamente, da premissa por ela adotada, no sentido de que: "Podemos muito bem ter um creme hidratante com ação fotoprotetora incluído nesta mesma lista, sem evidentemente tratar-se de exclusivo protetor solar".

- Que, no entender (equivocado) da r. Autoridade Fiscal os protetores solares não podem exercer a função, mesmo que secundária, de hidratação, o que, além de ser impossível quimicamente, não encontra a menor guarida na legislação pátria, conforme amplamente demonstrado. Sem mencionar que aos olhos da r. Autoridade Fiscal, qualquer protetor solar que exerça, mesmo que minimamente, a função de hidratação, deverá ser considerado espécie de hidratante, e não o contrário (protetor solar), o que também vai frontalmente contra as regras postas na legislação pátria.

DA MULTA PELA SUPOSTA CLASSIFICAÇÃO INCORRETA DAS MERCADORIAS IMPORTADAS (IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO)

- Que entendeu a r. Autoridade Fiscal que o simples fato da Impugnante ter supostamente classificado, de forma equivocada, as mercadorias em apreço permitiria a aplicação da multa prevista no artigo 711, inciso 1, do Decreto n.º 6.759/2009.

- Que, esta, contudo, não é a melhor interpretação deste dispositivo, pois nele se observa que a aplicação da multa exige não apenas que a parte tenha se equivocado na classificação fiscal de mercadorias importadas, como também que ela tenha omitido as informações necessárias à sua própria identificação. A parte final do artigo 711, inciso I, do Decreto n.º 6.759/2009, não deixa dúvidas.

- Que, deste modo, como a Impugnante informou, nos documentos fiscais atinentes à espécie, todos os elementos necessários à identificação dos produtos por ela importados - como reconhecido pela própria r. Autoridade Fiscal -, é fato que não poderia ser-lhe aplicada a multa prevista no artigo 711, inciso I, do Decreto n.º 6.759/2009. Este é o entendimento que sempre imperou no antigo Conselho de Contribuintes, exemplifica com a ementa do seguinte julgado (3º CCMF, processo n.º 10814.008354/96-42, recurso

Fl. 9 da Resolução n.º 3003-000.361 - 3ª Sejul/3ª Turma Extraordinária
Processo n.º 12466.722451/2011-74

voluntário n.º 319.276, 1ª Câmara, Rel. Cons. MÁRCIA REGINE MACHADO MELARÉ, acórdão 301-28850).

- Que as DRJ também têm reconhecido a impossibilidade de aplicação de multa de ofício em razão da suposta classificação fiscal equivocada de produtos, quando os mesmos encontrarem-se devidamente descritos (DRJ de São Paulo, acórdão 17-12755, de 23.06.2005).
- Que, inquestionável, portanto, a necessidade de cancelar-se a multa aplicada à Impugnante com esteio no artigo 711, inciso I, §4º, do Decreto n.º 6.759/2009.

DA CUMULAÇÃO DE MULTA DE OFÍCIO E REGULAMENTAR (II)

- Que as duas multas (ofício e regulamentar) foram aplicadas com base em uma mesma infração. Assim fazendo, é fato que o AIIM em espeque acabou sancionando duplamente a Impugnante com base no mesmo fato (bis in idem), o que não se coaduna com o entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência pátrias.
- Que os princípios constitucionais da propriedade, da legalidade, da proporcionalidade, da razoabilidade e do due process of law, erigiram o "non bis in idem" como uma cláusula pétrea de nosso ordenamento jurídico e que impede que alguém seja duplamente apenado ou sancionado pelo mesmo fato.
- Que, indubitável, portanto, a improcedência da cumulação de multas aplicadas pela r. Autoridade Fiscal à Impugnante, e conseqüente ilegalidade da multa proporcional, ao passo que as mesmas possuem o mesmo fato gerador, sob pena de chancelar-se inegável bis in idem em matéria de sanção fiscal, tal qual reiteradamente tem decidido o SRF, STJ e CSRF.

DA MULTA DE OFÍCIO PELA DESCLASSIFICAÇÃO DAS MERCADORIAS IMPORTADAS PELA IMPUGNANTE (IPI)

- Que o artigo 46 da Lei n.º 9.430/1996, que previa a possibilidade de aplicação de multa de ofício na situação em exame, foi expressamente revogada pelo artigo 40, inciso I, da Lei n.º 11.488/2007.
- Que é inconteste a impossibilidade de sanção com base no artigo 14 da Lei n.º 11.488/2007, ao passo que a multa nele prevista não se aplica à operação em espeque (IPI), face ao princípio da especialidade das normas.

DA NECESSIDADE DE EXCLUSÃO, DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS IMPORTAÇÃO, DO ICMS INCIDENTE NESTAS OPERAÇÕES E DESTAS PRÓPRIAS CONTRIBUIÇÕES

- Que foram incluídas na base de cálculo das contribuições para o PIS e para a COFINS incidentes sobre a operação de importação em exame, o ICMS incidente sobre as mesmas e o valor das próprias contribuições, com base no art. 7º, inciso I, da Lei n.º 10.865/2004.
- Que, contudo, isso não poderia ter-se dado, ao passo que o artigo 149, inciso II, §2º, da Constituição Federal de 1988, ao definir a alíquota e base de cálculo possíveis destas exações, o fez nos seguintes termos: "(...) ad valorem, tendo por base o faturamento, receita bruta ou o valor da operação e, no caso da importação, o valor aduaneiro".
- Que, essa, foi a exegese perfilada pelo E. STF ao analisar, por exemplo, a inconstitucionalidade do artigo 3º, §1º, da Lei n.º 9.718/1998 (STF, Tribunal Pleno, RE n.º 390.840/MG, Rei. Min. MARCO AURÉLIO, D.J.U. 15.08.2006, p. 00025).

Fl. 10 da Resolução n.º 3003-000.361 - 3ª Sejul/3ª Turma Extraordinária
Processo n.º 12466.722451/2011-74

- Que, o E. STF já reconheceu a presença de repercussão geral em relação aos argumentos ora suscitados pela Impugnante: resta-lhe, apenas, apreciar o mérito desta pretensão (cf. RE n.º 559.607/SC, Rei. Min. MARCO AURÉLIO, j. 26.09.2007).
- Que, por estes motivos mostra-se imperativo, na pior das hipóteses, a exclusão da base de cálculo das contribuições para o PIS e para a COFINS incidentes em operações de importação, o valor do ICMS devido na espécie, bem como das próprias contribuições.

DOS PEDIDOS

Ex positis, é a presente para requerer, sucessivamente, sejam acolhidos os seguintes requerimentos:

(A) PRELIMINARMENTE, a nulidade dos AIIM's em razão de sua falta de motivação (fundamentação), e conseqüente violação aos artigos Io, inciso II, parágrafo único, 5º, incisos II, LXXIII e LV, 37, caput e 93, inciso IX e 150, inciso I, da Constituição da República, bem como artigo 142 do Código Tributário Nacional; e/ou,

(B) no MÉRITO, a improcedência dos AIIM's, com o reconhecimento da correção da classificação fiscal adotada pela Impugnante ao produto CETAPHIL FPS 15 (posição 3304.99.90 - ex. 02 da TIPI), conforme restou analiticamente exposto; e/ou,

(C) a ilegalidade da multa aplicada à Impugnante com esteio no artigo 711, inciso I, §4º, do Decreto n.º 6.759/2009 (Imposto de Importação), qual seja, de 1% (um por cento) sobre o valor aduaneiro das mercadorias em espeque;

(D) a ilegalidade da cumulação de multas proporcional e regulamentar (Imposto de Importação), face à vedação ao odioso bis in idem, cancelando a primeira;

(E) a ilegalidade da multa de ofício (IPI) aplicada à Impugnante pela suposta "desclassificação" dos aludidos produtos, tendo em vista, principalmente, que o artigo 80, inciso I, da Lei n.º 4.502/1964, foi revogado pelo artigo 40, inciso I, da Lei n.º 11.488/2007; e/ou,

(F) a necessidade de excluir-se, da base de cálculo das contribuições para o PIS e para a COFINS incidentes em operações de importação, o valor do ICMS devido na espécie, bem como das próprias contribuições.

É o relatório. Passo ao Voto.

Intimada da respectiva decisão, a Recorrente apresenta recurso voluntário arguindo as mesmas matérias suscitadas em sua Impugnação, a saber:

PRELIMINARMENTE: DA NULIDADE DO AIIM'S POR VÍCIO DE MOTIVAÇÃO (FUNDAMENTAÇÃO)

DO MÉRITO:

- **DA AUSÊNCIA DE PROVA TÉCNICA/LAVRATURA DE AIIM COM BASE EM LEITURA PARCIAL DA EMBALAGEM DO CETAPHIL FPS 15**
- **DA CORRETA CLASSIFICAÇÃO FISCAL INDICADA PELA RECORRENTE**

Fl. 11 da Resolução n.º 3003-000.361 - 3ª Sejul/3ª Turma Extraordinária
Processo n.º 12466.722451/2011-74

- DAS CONTRADIÇÕES E INCOERÊNCIAS DA R. DECISUM RECORRIDA
- DA CORREÇÃO DA CLASSIFICAÇÃO FISCAL INDICADA PELA IMPUGNANTE / PARECER ELABORADO PELA PROFESSORA DOUTORA MARIA VALÉRIA ROBLES VELASCO - USP/ANVISA
- DO REGISTRO DO CETAPHIL FPS 15 JUNTO A ANVISA – PROTETOR SOLAR
- DA MULTA PELA SUPOSTA CLASSIFICAÇÃO INCORRETA DAS MERCADORIAS IMPORTADAS

A DRJ deixou de recorrer de ofício em virtude de o crédito tributário exonerado ser inferior ao limite de alçada previsto no artigo 1º da Portaria MF nº 63, de 10 de fevereiro de 2017.

É o relatório

Voto

Conselheira Keli Campos de Lima, Relatora.

Da análise dos autos, verifica-se que existem muitas definições técnicas sobre os produtos que não estão disponíveis no Sistema Harmonizado ou nas Nesh devendo, nesse caso, nos socorrer das publicações técnicas internacionais e dos posicionamentos dos órgãos técnicos, e também de laudos técnicos se for o caso.

Ocorre que o laudo juntado nos autos (fls. 178/198) em que pese ter sido elaborado por renomada profissional, trata-se de laudo unilateral não confeccionado por órgãos governamentais e independentes, o que compromete sua imparcialidade, sobremaneira quando a responsável por sua elaboração se dedica a emitir opinião sobre a correta classificação fiscal do produto autuado e não apenas definir sua função principal e secundária.

Neste sentido, para que não haja prejuízos o entendimento é pela diligência.

Diligência na Recorrente

A recorrente deve ser intimada a apresentar a composição química em percentual de peso ou outra medida adequada, para os produtos autuados, identificando a função de cada substância;

Diligência na ANVISA

A autoridade fiscal deve oficiar à ANVISA, solicitando o seguinte:

1. Esclarecer qual a definição técnica de hidratantes e protetor solar utilizada pela ANVISA para classificar produtos nos itens na lista de produtos de grau 2 (subitem 47 do item II do Anexo II da RDC n.º 211, de 14/07/2005, da ANVISA, ou seja, protetores solares) informando, se possível, os atos normativos ou a literatura científica utilizada;

Fl. 12 da Resolução n.º 3003-000.361 - 3ª Sejul/3ª Turma Extraordinária
Processo nº 12466.722451/2011-74

2. Esclarecer como são classificados os produtos que contém substâncias destinadas a funções distintas, como produtos destinados a hidratar e produtos anti-solares. Há algum parâmetro de composição química que identifica a função principal de um produto para ser designado ou protetor solar?

3. Qual a distinção entre as consultas produtos notificados, produtos registrados e produtos regularizados constantes no portal da ANVISA (<https://consultas.anvisa.gov.br/#/>)?

4. Os produtos classificáveis no grau 2, sujeitos à notificação, são submetidos atestes de análise química pela ANVISA?

5. Qual a posição da ANVISA quanto à classificação do produto CETAPHIL HP HIDRANTE FACIAL DIÁRIO FPS15 (objeto da autuação) de acordo com os itens constantes da LISTA DE TIPOS DE PRODUTOS DE GRAU 1 ou LISTA DE TIPOS DE PRODUTOS DE GRAU 2 do Anexo II da revogada RDC no 211/2005?

Perícia Técnica solicitada ao Instituto Nacional de Tecnologia - INT

A autoridade fiscal atuará como perito assistente e solicitará laudos ao INT, às expensas da Recorrente e nos termos do artigo 64 do Decreto no 7.574/2011, para que, sobre cada produto autuado, se pronuncie sobre os seguintes quesitos:

1. Nome técnico e comercial
2. Composição química
3. O produto é voltado para conservação, cuidados da ou proteção da pele?
4. O produto tem ação hidratante?
5. O produto tem função de fotoproteção?
6. Trata-se de uma hidratante?
9. Trata-se de protetor solar?
10. O produto apresenta proteção UV-A e UV-B principal ou secundária?
11. Qual a principal função do produto, hidratar ou proteção solar?
12. Esclarecer quais os critérios técnicos utilizados para se determinar a função principal, se for caso, explicitando a literatura a respeito.

Assim, voto para converter o julgamento em diligência, nos termos acima indicados, devendo a autoridade fiscal, ao final, elaborar relatório fiscal, facultando à Recorrente o prazo de trinta dias para se pronunciar sobre seu resultado, de acordo com o parágrafo único do artigo 35 do Decreto nº 7.574/2011.

(documento assinado digitalmente)

Keli Campos de Lima.