



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 18336.001615/2004-69
Recurso nº 343.417
Resolução nº **3202-000.025 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 03 de fevereiro de 2011
Assunto Solicitação de Diligência
Recorrente ALCOA ALUMÍNIO S/A.
Recorrida DRJ FORTALEZA/CE

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em converter o julgamento do recurso voluntário em diligência, nos termos do voto do relator. Declarou-se impedido o Conselheiro Gilberto de Castro Moreira Junior.

José Luiz Novo Rossari - Presidente e Relator

Editado em 06 de abril de 2011

Estiveram presentes à sessão os Conselheiros José Luiz Novo Rossari, Heroldes Bahr Neto, Irene Souza da Trindade Torres, Rodrigo Cardozo Miranda, João Luiz Fregonazzi e Gilberto de Castro Moreira Junior.

Relatório

Trata-se de lide que teve como origem a lavratura de Autos de Infração para exigência do Imposto de Importação e do IPI vinculado à importação, acrescidos de multas de ofício de 75% sobre as diferenças apuradas e de juros de mora, e ainda da multa de 1% sobre o valor aduaneiro por erro de classificação. A exigência fiscal decorreu de o Fisco ter entendido que houve falta de recolhimento desses impostos em razão de a contribuinte haver utilizado alíquota menor decorrente de classificação fiscal incorreta do produto que a interessada descreveu na DI nº 03/0636221-4, de 29/7/2003, como “*DIPHOTERINE, agente de proteção de pele contra ação de soda cáustica – spray com 100ml*”, bem como pela incorreta classificação nas importações realizadas pelas DIs nºs. 02/0229183-3, de 15/3/2002 e 02/0411862-4, de 9/5/2002.

Para historiar os fatos transcrevo o relatório constante do Acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Fortaleza/CE, que assim se pronunciou:

“Trata o presente processo de exigência do Imposto de Importação e Imposto sobre Produtos Industrializados, acrescidos de juros de mora e multas de ofício, perfazendo, na data dos lançamentos, créditos tributários nos valores de **R\$ 5.369,07 (fls. 02)** e **R\$ 19.371,06 (fls. 11)**, respectivamente, objeto dos Autos de Infração de fls. 02-10 e 11-17.

As infrações apuradas pela fiscalização e relatadas na Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal, fls. 03/07 e 12/13, foram, em síntese, as seguintes:

DECLARAÇÃO INEXATA DE MERCADORIA

HISTÓRICO

A empresa Alcoa Alumínio S/A, por meio das Declarações de Importações (DIs) de N°s 02/02291833, 02/04118624 e 03/06362214 (fls. 18 a 32), submeteu a despacho aduaneiro mercadoria identificada como "diphoterine em forma de spray para descontaminação caso de contato com soda caustica", fabricada pela empresa "PREVOR", situada na França. Embora tratando-se da mesma mercadoria, o importador utilizou classificações distintas para enquadrar a mercadoria, conforme abaixo discriminado:

- a) Classificação NCM 3402.11.90 nas DIs de nºs 02/0229183-3 registrada em 15/03/2002 e 02/0411862-4 registrada em 09/05/2002;
- b) Classificação NCM 3401.20.90 na DI de no 03/0636221-4 registrada em 29/07/2003;

Para que se formasse convicção quanto à classificação fiscal do produto, o importador informou, através de documento protocolado em 30/09/2004 (fl. 33), suas características em especial a sua função e forma de aplicação, para assim chegar-se, em observância normas pertinentes, a correspondente classificação fiscal.

DA INCORREÇÃO DAS CLASSIFICAÇÕES FISCAIS PRETENDIDAS PELO IMPORTADOR

Assim, segundo "Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal" (fl. 2), o importador busca classificar sua mercadoria no capítulo 34 da Nomenclatura Comum do Mercosul(NCM). Este capítulo, segundo as suas Considerações

Gerais, compreende os produtos obtidos essencialmente pelo tratamento industrial das gorduras ou das ceras, agrupa os produtos da indústria de sabão, algumas preparações lubrificantes, as ceras preparadas, alguns produtos para conservação e limpeza, as velas de iluminação, etc., e também certos produtos artificiais tais como os agentes de superfície, as preparações tensoativas e as ceras artificiais. A fiscalização, no entanto, entendeu ser incorreto os enquadramentos indicados nas DI's, reclassificando as mercadorias para o código NCM 3304.99.90.

DECLARAÇÃO INEXATA DE MERCADORIA

A partir de 27/8/2001 (data de entrada em vigor do art. 84 da MP nº 2.158-35/2001) independentemente da correta descrição do produto, sua classificação tarifária errônea sujeitará o infrator às multas previstas no art. 44, da Lei nº 9.430/1996, além da exigência dos encargos legais, da diferença de tributos cabíveis e da multa de 1% sobre o valor da mercadoria ou de R\$ 500,00 (quinhentos reais), quando do seu cálculo resultar valor inferior.

A edição, em 11/09/2002 do ADI SRF nº 13/2002, veio tão somente corroborar este entendimento.

“Art. 1º. Não constitui infração punível com a multa prevista no art.44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, a solicitação, feita no despacho de importação, de reconhecimento de imunidade tributária, isenção ou redução do imposto de importação e preferência percentual negociada em acordo internacional, quando incabíveis, bem assim a indicação indevida de destaque (ex), desde que o produto esteja corretamente descrito, com todos os elementos necessários à sua identificação e ao enquadramento tarifário pleiteado, e que não se constate, em qualquer dos casos, intuito doloso ou má fé por parte do declarante”.

Cientificado dos lançamentos em 16/12/2004, conforme fls. 02 e 11, o contribuinte insurgiu-se contra a exigência, apresentando a impugnação de fls. 36/47, em 17/01/2005, por meio das quais expõe as seguintes razões de defesa:

“(…)

Preliminar de Nulidade Parcial do Lançamento:

MPF referente apenas ao II.

Nulidade do Auto de Infração sobre IPI

Conforme se observa do Mandado de Procedimento Fiscal Fiscalização nº 0327600/00089/04, que deu início à ação fiscal sub examine, o tributo objeto da fiscalização foi tão somente o Imposto de Importação (II).

Entretanto, como é sabido, foi lançado ainda o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI).

Ora, ao regulamentar o art. 6º da Lei Complementar no 105/2001, o Decreto Federal no 3.724, de 10 de janeiro de 2001, em seu art. 2º, § 2º estatuiu que "o procedimento fiscal somente terá início por força de ordem específica denominada Mandado de Procedimento Fiscal (MPF), instituído em ato da Secretaria da Receita Federal, ressalvado o disposto nos §§ 3º e 4º deste artigo".

Já o parágrafo 5º do art. 2º do Decreto nº 3.724/2001 tratou de arrolar os requisitos do MPF, que deverão ser observados quando de sua expedição. E no inciso II desse §5º está consignado que o Mandado de Procedimento Fiscal "conterá, no mínimo as seguintes informações: **(a) a denominação do tributo**

ou da contribuição objeto do procedimento de fiscalização a ser executado, bem assim o período de apuração correspondente".

Ratificando esse requisito, a Portaria nº 3.007/2001 do Secretário da Receita Federal, em seu art. 7º § 1º diz que o MPF-F e o MPF-E **indicarão ainda o tributo ou contribuição objeto do procedimento fiscal a ser executado**, podendo *ser fixado o respectivo período de apuração, bem assim as verificações relativas à correspondência entre os valores declarados e os apurados na escrituração contábil e fiscal do sujeito passivo, em relação aos tributos e contribuições administrados pela SRF, nos últimos cinco anos, observados os modelos constantes dos Anexos I e III* ".

No entanto, como se viu, ainda que exigido pela legislação de regência, na espécie em liça faltou a indicação do IPI como um dos tributos a serem fiscalizados em virtude do MPF-F nº 0327600/00089/04.

Nem se diga, para contra argumentar, que o *IPI, in casu*, é reflexo do II, porquanto isso deveria ter sido previsto desde a lavratura do MPF.

Ademais, como se extrai da leitura da Portaria SRF nº 3.007/2001, no MPF poderá "ser fixado o respectivo período de apuração, **bem assim as verificações relativas à correspondência entre os valores declarados e os apurados na escrituração contábil e fiscal do sujeito passivo, em relação aos tributos e contribuições administrados pela SRF**".

Ou seja, se tivesse constado do mandado a permissão para as verificações acima referidas, então nessas condições seria válido lançamento do IPI na espécie, cujo fato gerador é efetivamente o mesmo do II *in casu*.

Ocorre que nem isso houve.

Assim sendo, é inegável que o lançamento do IPI pelo auto de infração ora impugnado não é válido, por falta de requisito de procedibilidade.

Esse é o entendimento da 6ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, como se vê dos acórdãos transcritos às fls. 42/43.

Não sendo válido o procedimento fiscal no qual foi realizado o lançamento, este há de ser considerado nulo, conforme ressaltado nos acórdãos trazidos à colação acima.

Assim sendo, pede a Impugnante, preliminarmente, que seja declarado nulo o lançamento de Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), que não teve amparo no MPF 0327600/00089/04.

Do Mérito:

Da Desclassificação sem Respaldo Técnico.

Da Incorreta Reclassificação Fiscal promovida pelos AFTN.

No mérito, não merece prosperar a desclassificação tarifária operada pelos auditores fiscais.

Sem entrar num debate quanto ao fato de o creme Diphoterine ser ou não ser um saponáceo, é preciso considerar, acima de tudo, que a fiscalização também não logrou comprovar que ele se tratava de um *produto de beleza*.

Aliás, carece de qualquer razoabilidade essa afirmação, como adiante será melhor abordado.

Deveras, não basta que a fiscalização ache, entenda, presuma que a mercadoria não é o que o contribuinte diz que ela é.

De acordo com o Princípio da Verdade Material, que é vetor oponível ao Processo Administrativo Fiscal, no exercício de sua atividade de constituição do crédito tributário, o agente do Fisco não pode simplesmente desconsiderar as declarações do contribuinte, fazendo-as letra morta.

Em desconsiderando a autoridade tributária uma declaração prestada pelo sujeito passivo, a ela nasce o dever de provar, de demonstrar com elementos materiais, que a realidade é aquela que ela está considerando.

Não se trata de um jogo de toma lá, dá cá, *data maxima venia*.

Ao Fisco incumbe o ônus da prova.

Como a Impugnante asseverou no começo deste item, sem querer entrar no mérito se o produto Diphoterine é ou não um sabão, ainda assim, para que os agentes fiscais desconsiderassem a classificação da contribuinte, eles deveriam ter demonstrado e comprovado que o produto em questão era um *produto de beleza*, ou, noutra giro, que a sua composição prestava-se a esse fim.

Para tanto, deveriam ter-se respaldado em um laudo de análise, ou mesmo num catálogo técnico, para que pudessem ter identificado a mercadoria com a segurança devida.

No entanto, na espécie dos autos, a fiscalização nada fez nesse sentido. Antes o contrário.

In casu, os agentes fiscais aceitaram textualmente que a composição (descrição) da mercadoria, apontada pela Impugnante, estava correta.

Mesmo assim, sem qualquer embasamento técnico num típico exercício de suposição, os auditores entenderam absurdamente que a mercadoria em exame era um cosmético porquanto destinava-se a ser aplicada na pele, para a sua proteção.

Ora, esse raciocínio é desprovido de razoabilidade, *data venia*.

Pergunta-se: Qual seria a possibilidade de um empregado de uma indústria metalúrgica se utilizar de um "*produto de beleza*" durante o seu trabalho? Claro que nenhuma!

Será que os auditores fiscais não consideraram, por um minuto sequer, que o produto em questão seria melhor classificado como um equipamento de proteção individual, e que, por não haver essa classificação na TIPI, teria melhor enquadramento se fosse classificado como um produto artificial tal como "agente de superfície"?

Nesse passo, registre-se que no Auto de Infração sobre Imposto de Importação a fiscalização disse que "a Posição 34.02 abrange os agentes orgânicos de superfície (exceto os sabões)".

Expostas estas considerações, claro fica que, se por um lado havia alguma dúvida quanto à classificação adotada pelo contribuinte, por outro lado não havia maior segurança quanto à reclassificação levada a cabo pelo Fisco, que foi desprovida de fundamentação.

Com efeito, a utilização das Regras de Classificação feita pela auditoria do Tesouro Nacional não empresta fundamentação alguma à reclassificação que, como dito acima, não foi precedida de um necessário exame técnico.

Somente este exame poderia dizer se o produto em questão era ou não sabão, se era ou não "*produto de beleza*", ou se era um protetor da pele com características de equipamento de proteção do trabalho.

E é justamente para evitar situações de tamanha insegurança que a jurisprudência do Colendo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda é firme no sentido de que prevalece a classificação adotada pelo contribuinte, em face da impossibilidade de se fundamentar a desclassificação (3º CC - 3º Cãm. Proc. Nº 10880.033260/90-78 Recurso nº 118580 (Ac. 30329369), j. em 15.08.2000, v.u., Rel. Sérgio Silveira Meio). Afinados nesse diapasão estão os arestos citados às fls. 45/46.

Forte nas considerações acima, pede e espera a que seja mantida a sua classificação fiscal da mercadoria por ela importada – Diphoterine - e, em assim sendo, que seja desconstituído o crédito tributário lançado em virtude da reclassificação havida.

Conclusão

Ante todo o exposto, a Impugnante pede, preliminarmente, que o lançamento de IPI seja anulado, por vício do MPF.

Se assim não achar mais acertado, que sejam desconstituídos os créditos de II e de IPI lançados, arrimados que foram em desclassificação sem fundamentos.”

O julgamento foi realizado pela 3ª Turma da DRJ em Fortaleza/CE que, por unanimidade de votos, concluiu pela procedência da exigência fiscal, nos termos do Acórdão DRJ/SPO-II nº 08-13.511, de 20/6/2008 (fls. 50/61), cuja ementa transcrevo, *verbis*:

“**ASSUNTO: CLASSIFICAÇÃO DE MERCADORIAS**

Data do fato gerador: 15/03/2002, 29/07/2003

PRODUTOS PARA PROTEÇÃO DA PELE.

O código NCM “3304.99.90 - Outros” inclui os produtos para proteção da pele, não incluídos nos códigos anteriores.

CLASSIFICAÇÃO ERRÔNEA DE MERCADORIA. INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO.

A insuficiência de recolhimento, decorrente de classificação errônea de mercadoria, enseja o lançamento da diferença do imposto que deixou de ser recolhida, acrescida de juros de mora e multa de 75%. Para os fatos geradores ocorridos após 27/08/2001, aplica-se ainda a multa de 1% sobre o valor aduaneiro da mercadoria.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI

IPI

Não havendo impugnação específica relativamente a esse tributo, a mesma motivação referente ao II aplica-se, *mutatis mutandis* no julgamento desse imposto.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL.

Erros formais na emissão ou execução do Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) não têm o condão de inquirir de nulidade o lançamento correspondente.

Lançamento Procedente”

No que respeita à classificação fiscal o órgão julgador decidiu que, conforme descrito pelo importador, os produtos são cremes de proteção da pele, utilizados pela empresa para poupar seus empregados de problemas de saúde e consequentes afastamentos, neutralizando a ação de agentes químicos; por conseguinte, não se trata de produto do Capítulo

34, que agrupa produtos da indústria de sabão e tem como principais características a função de limpeza em geral e ser composto de um ou mais ácidos graxos. E que no caso dos autos, é desnecessária a realização de análise laboratorial das mercadorias ora submetidas à classificação fiscal, sendo que para o correto enquadramento na posição NCM 3304, basta conhecer a descrição, a função e as propriedades dos produtos importados, uma vez que as subdivisões da referida posição não cuidam da composição química dos mesmos. Aduz que conjugando-se o alcance da posição 3304 e suas subposições, com a aplicação das RGI 1 e RGI 6, chega-se à conclusão de que o código "3304.99.10 — *Cremes de beleza e cremes nutritivos; loções tônicas*" inclui unicamente as preparações para conservação ou cuidado da pele (produtos destinados ao tratamento da pele). Como não se trata de creme de beleza, creme nutritivo ou loção tônica, e abrangido pelo desdobramento residual, resulta que o produto deve ser classificado no código 3304.99.90 ("*Outros*"), referente aos demais produtos que não se destinam ao tratamento da pele, mas desempenham outras funções, desde que não estejam previstos nas subposições anteriores.

A contribuinte apresenta recurso às fls. 66/79, em que alega que: ● a DRJ incorreu em erro ao afirmar que os produtos são cremes de proteção de pele e que, por conseguinte, não se tratam de produto da indústria do sabão, que tem como principais características possuir função de limpeza em geral; ● o *Diphoterine Spray*, além de logicamente não ser um creme como mencionado na decisão, possui exatamente a função de lavagem, limpeza após contato da pele ou olhos com produtos químicos; ● o produto é uma solução aquosa utilizado logo após a queimadura, ficando clara a função de limpeza, lavagem, remoção da soda cáustica; ● que o representante do *Diphoterine* no Brasil, por meio de seu engenheiro, enviou nota de esclarecimento sobre o produto, onde afirma que "*O Diphoterine é uma solução para lavagem descontaminante, utilizada em primeiros socorros em casos de projeção de produtos químicos na pele e olhos. É fabricado pela Prevor (França) e é classificado como produto para saúde, correlato médico, registrado na ANVISA sob o nº 80260110001 e na Comunidade Européia (CE) sob o nº 459 e como tal está enquadrado na classificação 3402.90.90*"; ● dessa forma, resta demonstrado o acerto da Recorrente em classificá-lo no Capítulo 34. Pelo exposto, requer seja conhecido e provido o recurso, para cancelar a exigência fiscal.

É o relatório.

Voto

Trata-se de recurso voluntário em contencioso sobre classificação fiscal de mercadoria importada pela recorrente, que a descreveu na declaração de importação como "***DIPHOTERINE, agente de proteção de pele contra ação de soda cáustica – spray com 100ml***", adotando as NCM 3402.11.90 (DIs nºs. 02/0229183-3 e 02/0411862-4) e 3401.20.90 (DI nº 03/0636221-4), enquanto que a fiscalização da SRF entendeu que o produto deveria ter sido classificado na NCM 3304.99.90.

Verifico que, no que se refere às especificações do produto, o único documento existente nos autos do processo é a "Ficha de Informação de Segurança de Produto Químico", produzido pela recorrente e anexado no recurso (fls. 73/75), e que traz informações apenas sobre o nome comercial do produto e o seu fabricante e, como elementos que realmente tem a ver com a classificação do produto, sobre a sua aparência e finalidade. Não consta dos autos laudo que informe quanto à identificação do produto e à composição química.

Cumprе ressaltar que produtos como o objeto de lide têm a particularidade de poderem ter classificação fiscal em várias posições da NCM/SH suscetíveis de serem tomadas em consideração, dependendo de sua identificação e composição química.

No caso em exame, as informações constantes dos autos não trazem informações seguras e suficientes para assegurar ao julgador a necessária convicção para a classificação da mercadoria importada.

Pelo exposto, entendo que o julgamento deve ser convertido em diligência à unidade da RFB de origem, para que seja:

I) providenciada a elaboração de laudos técnicos pelo Instituto Nacional de Tecnologia (INT), sobre o produto ***“Diphoterine em spray com 100ml”*** a partir de amostras específicas (para a pele e para os olhos) a serem solicitadas pela RFB à recorrente, observadas as cautelas devidas, para as providências e respostas aos quesitos que seguem:

- a) identificação, características, apresentação, composição química e utilização/aplicação dos produtos;
- b) se se trata de um composto de constituição química definida apresentado isoladamente, segundo os ditames do Sistema Harmonizado, que estabelece que *“um composto de constituição química definida apresentado isoladamente é uma substância constituída por uma espécie molecular (covalente ou iônica, especialmente) cuja composição é definida por uma relação constante entre seus elementos e que pode ser representada por um diagrama estrutural único”*.
- c) se se trata de produto ou preparação orgânica tensoativa para lavagem da pele;
- d) se se trata de produtos adicionados de substância (s) medicamentosa (s); em caso positivo, de qual (quais) substância (s); e

II) intimada a recorrente a juntar ao processo o registro do (s) produto (s) na ANVISA (nº 80260110001) como correlato médico, conforme alegado em seu recurso, bem como das informações prestadas a esse órgão, para efeitos desse registro.

Deverá ser dada ciência dessa diligência à recorrente a fim de que, se for de seu interesse, apresente os quesitos que entender relevantes para os laudos ora solicitados.

Antes do retorno do processo a este Conselho, deverá a recorrente ser informada do inteiro teor dos laudos, a fim de que possa se manifestar a respeito, se for do seu interesse.

José Luiz Novo Rossari