



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

Processo nº 10314.001336/2001-07
Recurso nº 138.967 Voluntário
Matéria II/IPI - FALTA DE RECOLHIMENTO
Acórdão nº 302-40.025
Sessão de 10 de dezembro de 2008
Recorrente BERTIN LTDA.
Recorrida DRJ-SÃO PAULO/SP

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO - II

Data do fato gerador: 08/03/2001

ART. 149 DO CTN. NOVA CLASSIFICAÇÃO FISCAL DA MERCADORIA IMPORTADA. LAVRATURA DE AUTO DE INFRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO DE AUTO DE INFRAÇÃO ANTERIOR. IMPOSSIBILIDADE. Não é possível a revisão de lançamento efetuado através de Auto de Infração, sem atendimento do procedimento descrito no Decreto nº 70.235/72, pela autoridade fiscal, pois tal revisão não está incluída dentre as hipóteses previstas no art. 149 do CTN.

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, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.


JUDITH DO AMARAL MARCONDES ARMANDO - Presidente


MARCELO RIBEIRO NOGUEIRA - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Corinho Oliveira Machado, Luciano Lopes de Almeida Moraes, Mércia Helena Trajano D'Amorim, Beatriz Veríssimo de Sena, Ricardo Paulo Rosa e Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro. Esteve presente a Procuradora da Fazenda Nacional Maria Cecília Barbosa.

Relatório

Adoto o relatório da decisão de primeira instância por entender que o mesmo resume bem os fatos dos autos até aquele momento processual:

A empresa acima qualificada importou mediante a DI 01/0233223-6, as mercadorias descritas nas adições 001 a 011, pleiteando os benefícios de redução tarifária, previstos nas Portarias MF 464/2000 e 465/2000.

Foi apresentada liminar em mandado de segurança expedida 19ª Vara Federal nos autos do processo 2001.61.00.005752-0 (folhas 47 a 52), determinando que fossem desembaraçadas as mercadorias sem o recolhimento dos tributos incidentes na importação. Tudo isso em razão da interessada estar pleiteando a compensação destes valores com créditos de IPI.

A fiscalização determinou que fosse realizada perícia técnica nas mercadorias em questão (folhas 62 a 84).

Em 08/03/2001, o MM. Juiz da 19ª Vara Federal entendeu, após embargos da Fazenda Nacional, revogar a medida liminar (folhas 53 e 54).

Foi então lavrado auto de infração cobrando-se os tributos devidos na importação, considerando-se que a interessada fazia jus às alíquotas previstas nas "Ex" tarifárias. Desta forma, somente foram cobrados os tributos e multas que deixaram de ser pagos em razão da revogação da liminar obtida. A ciência do contribuinte ocorreu no dia 17/04/2001.

Em 03/05/2001, a fiscalização procedeu à nova perícia técnica nas mercadorias em questão, alegando que o primeiro laudo técnico não elucidou a correta caracterização das mercadorias nas "Ex" tarifárias.

No dia 18/05/2001, a IRF São Paulo foi cientificada pela MM. Juíza da 20ª Vara Federal a prestar informações acerca da petição inicial da interessada, referente à compensação, e a não proceder a cobrança dos impostos devidos ou determinar a pena de perdimento das mercadorias.

A interessada foi então, em 31/05/2001, cientificada de novo auto de infração que retificava o auto anterior, considerando que as mercadorias em questão não se enquadravam nos textos das "Ex" pleiteadas.

Em sua impugnação, às folhas 201 a 223, a interessada alega, em suma, que:

– apresentou duas impugnações ao auto de infração às folhas 01 a 16 que, além de não terem sido examinadas, foram simplesmente devolvidas à impugnante;

– o processo é nulo porque a Lei 9.784/99 em seu artigo 44 prevê que encerrada a instrução, a interessada terá o direito de se manifestar no prazo de dez dias, o que não ocorreu no caso em questão;

– além disso, o artigo 444 do regulamento aduaneiro dispõe que verificação da mercadoria será realizada na presença do importador ou de quem o represente;

– no pedido de concessão de “EX” encaminhado ao Ministério da Indústria e Comércio, consta o mesmo equipamento importado, o que afasta por completo a reclassificação tarifária;

– a impugnante não cometeu nenhuma infração para sofrer um auto de infração. O instrumento correto para a cobrança seria a notificação de lançamento;

– importou uma linha de produção e não diversos equipamentos e, apesar do Ministério da Indústria e Comércio ter concedido “Ex” com a individualização dos bens, o fato é que eles formavam um bem único e indivisível;

– antes mesmo do registro da DI a interessada apresentou um pedido de compensação de créditos que até a presente data não foi analisado pela Receita Federal. Destarte, a impugnante já teria pago o tributo. Contudo, a compensação ainda não ocorreu por culpa exclusiva da própria Receita Federal;

– A lei 9.430/96, em seu artigo 74, prevê a utilização de créditos a serem restituídos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração;

– da mesma forma, o Decreto 2.138/97 e a IN 21/97 dispõem sobre a compensação nos casos em que citam;

– a impugnante não pode sofrer nenhuma sanção, especialmente pelo fato de que não foi ela quem deu causa a mora que gerou o auto de infração;

– protesta pela realização de perícia técnica para que se demonstre a correta utilização das alíquotas previstas nas “Ex” tarifárias.

Às folhas 460 e 461 encontra-se despacho desta Turma de Julgamento solicitando à repartição de origem que informasse se a segunda perícia técnica foi realizada segundo os preceitos legais e, caso não tivesse sido, que se realizasse nova perícia técnica informando o resultado para a manifestação da interessada nos termos do artigo 44. da Lei 9.784/99.

Foi então realizada nova perícia e emitido o laudo técnico (folhas 468 a 482), realizado nas instalações da interessada.

Às folhas 515 a 518, a interessada manifesta-se alegando, em suma, que:

– a lei 9.784/99, em seu artigo 41, determina que a interessada seja intimada de prova ou diligência três dias antes, mencionando-se a data, hora e local de realização;

– já o artigo 44 da mesma lei determina que encerrada a instrução processual, o interessado terá o direito de se manifestar no prazo máximo de 10 dias;

– a impugnante não foi intimada com antecedência de três dias para acompanhar a perícia;

– a intimação para o Sr. Genilson Cardoso de Brito é absolutamente nula, uma vez que o mesmo só tem competência para atos aduaneiros;

– na perícia técnica não foi dito se a mercadoria analisada enquadrava-se nas "Ex" de importação e declarações de não similaridade de folhas 271 a 415.

A decisão recorrida recebeu de seus julgadores a seguinte ementa:

Assunto: Imposto sobre a Importação - II

Data do fato gerador: 08/03/2001

Ementa: A interessada não recolheu os tributos nos prazos dispostos na legislação em vigor.

Conforme laudo técnico, as mercadorias das adições 001, 003 e 006 não se encaixam nos textos das "EX" tarifárias pleiteadas. O imposto de importação, nestes casos, não pode usufruir da alíquota reduzida. Nos demais casos a redução do imposto foi corretamente pleiteada.

O lançamento ocorreu quando não havia suspensão do crédito tributário, sendo aplicável a multa prevista no artigo 44, I, da lei 9.430/96.

Lançamento procedente em parte.

O contribuinte, restando inconformado com a decisão de primeira instância, apresentou recurso voluntário no qual ratifica e reforça os argumentos trazidos em sua peça de impugnação.

Os autos foram enviados a este Conselho de Contribuintes e fui designado como relator do presente recurso voluntário, na forma regimental.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcelo Ribeiro Nogueira, Relator

Entendo que o recurso é tempestivo e atende aos requisitos legais.

Há preliminares a examinar.

A primeira preliminar é de nulidade do auto de infração por cerceamento do direito de defesa, caracterizado no entender do recorrente pela negativa da autoridade preparadora de dar regular processamento às duas peças de impugnação apresentadas por este, relativas ao primeiro auto de infração lavrado.

Obviamente, não há qualquer nulidade do auto de infração que possa ser gerada pelo processamento de peças de defesa, quando o lançamento já foi efetuado formalmente, porém pode haver sim, nulidade do presente processo administrativo, o que passo a examinar.

De fato, o contribuinte deveria ter suas defesas devidamente apreciadas pelas autoridades competentes, não havendo embasamento jurídico para o cancelamento dos protocolos efetuados pela autoridade preparadora de primeira instância, aparentemente motivado pela lavratura de novo auto de infração que buscou retificar o auto de infração original.

Tal procedimento poderia gerar cerceamento do direito de defesa, contudo, não nos presentes autos, já que as razões de defesa referentes à lide posta nestes autos estão bem representadas nas peças de barreira apresentadas (especialmente sua impugnação e recurso voluntário) pela recorrente.

O eventual cerceamento do direito de defesa se caracteriza fora dos presentes autos, com a impossibilidade de apreciação pela administração dos argumentos de direito e fato que o petionário pretendia expor, entretanto, tal matéria, deveria ter sido levantada em via de Mandado de Segurança contra aquele ato que a ora recorrente entendeu violador de seu direito de defesa ou por outra via de escolha da ora recorrente. Ultrapassa a competência deste Colegiado (assim como a da Delegacia de Julgamento que proferiu a decisão recorrida) tal discussão.

Adicionalmente, anoto que cópias das mencionadas impugnações foram juntadas às fls. 245/255 e 256/269, o que garante sua apreciação, ao menos, como documento e que, na opinião deste relator, tais peças nada acrescentam nos limites da lide ao que já está consignado na peça impugnatória ou no presente recurso voluntário.

Nos presentes autos, cujo objeto é delimitado pelos autos de infração e pela impugnação respectiva, nada há a sanear neste particular, logo, rejeito a preliminar arguida.

A segunda preliminar refere-se à alegada não observação do Devido Processo Administrativo, alegando ser impossível a lavratura de novo auto de infração, baseado em nova prova pericial realizada por determinação do Inspetor da IRF/SP. Não me parece ter razão o

recorrente neste particular, todavia esta preliminar chamou a atenção deste relator para outros aspectos do procedimento adotado pela administração tributária, que julgo muito relevantes para este julgamento e que passo a narrar.

Observo que no despacho de fls. 187 (verso) consta o seguinte:

Tendo em vista determinação do Sr. Inspetor da IRF/SP para que se procedesse a reavaliação do despacho de Importação (DI 01/0233223-6), houve solicitação de novo Laudo Técnico, que apontou divergências entre os textos dos "EX" tarifários informados e os equipamentos efetivamente importados.

Tal fato levou à lavratura de novo Auto de Infração, que retificou o Auto elaborado anteriormente (fls. 1 a 16).

Retorne-se ao SASAR para aguardar a impugnação do sujeito passivo, atentando-se para o fato de que a exigibilidade do crédito tributário encontra-se suspensa por força de medida judicial. (grifos acrescidos)

Dois pontos chamaram a atenção deste relator no despacho acima transcrito: o primeiro é a notícia de que houve uma determinação do Sr. Inspetor da IRF/SP que não consta dos autos; o segundo é que houve uma revisão de lançamento, sem que fosse respeitado o previsão do art. 149 do CTN.

Deixo de apreciar, neste momento, a preliminar de cerceamento do direito de defesa, que teria como consequência a eventual anulação do processo desde a intimação do contribuinte para impugnar o auto de infração original, reabrindo o prazo para sua defesa daquele auto de infração, na forma do parágrafo terceiro do art. 59 do Decreto nº 70.235/72, pois entendo ser possível a solução de mérito favorável ao contribuinte.

Já que a referida determinação deve ter sido verbal (o que, s.m.j., fere o direito de ampla defesa do contribuinte), presumo que pretendeu o Ilustre Sr. Inspetor realizar a revisão aduaneira da operação de importação realizada pela ora recorrente.

Ocorre que esta revisão aduaneira já havia sido realizada e encerrada com a lavratura do Auto de Infração original.

Isto porque entendo que a revisão aduaneira se encerra com a intimação do contribuinte do lançamento fiscal realizado pela autoridade aduaneira, ou seja, com a intimação do Auto de Infração. Tal conceito está bem claro no atual Regulamento Aduaneiro, no disposto no parágrafo 3º do art. 570, do Decreto nº 4.543, de 26 de dezembro de 2002, *verbis*:

§ 3º Considera-se concluída a revisão aduaneira na data da ciência, ao interessado, da exigência do crédito tributário apurado.

Deste modo, não se pode argumentar que houve uma simples revisão aduaneira, pois o que efetivamente ocorreu, foi uma revisão de lançamento.

Partindo-se desta premissa, que acredito ter comprovado acima, noto que somente é possível a revisão do lançamento tributário, fora do processo descrito no Decreto nº 70.235/72, na forma prevista no art. 149 do CTN, especificamente nos incisos VIII e IX daquele artigo, cujo texto é o seguinte:

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

I - quando a lei assim o determine;

II - quando a declaração não seja prestada, por quem de direito, no prazo e na forma da legislação tributária;

III - quando a pessoa legalmente obrigada, embora tenha prestado declaração nos termos do inciso anterior, deixe de atender, no prazo e na forma da legislação tributária, a pedido de esclarecimento formulado pela autoridade administrativa, recuse-se a prestá-lo ou não o preste satisfatoriamente, a juízo daquela autoridade;

IV - quando se comprove falsidade, erro ou omissão quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória;

V - quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte;

VI - quando se comprove ação ou omissão do sujeito passivo, ou de terceiro legalmente obrigado, que dê lugar à aplicação de penalidade pecuniária;

VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;

VIII - quando deva ser apreciado fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior;

IX - quando se comprove que, no lançamento anterior, ocorreu fraude ou falta funcional da autoridade que o efetuou, ou omissão, pela mesma autoridade, de ato ou formalidade especial.

Parágrafo único. A revisão do lançamento só pode ser iniciada enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública.

Não há como argumentar que o fato novo é aquele decorrente da conclusão do novo Laudo Técnico, pois este somente surgiu depois de iniciado o procedimento de revisão e esta revisão somente poderia ter sido iniciada se surgisse o tal fato novo.

Ou seja, a revisão só poderia ser iniciada se o fato novo já existisse, a autorização legal para a revisão é fundamentada na pré-existência do fato novo. Sem que tenha surgido o fato novo, não há como iniciar o procedimento de revisão.

Ainda que assim não fosse, a mudança da classificação fiscal da mercadoria vem sendo entendida como mudança de critério jurídico, o que não autoriza lavratura de Auto de Infração complementar.

Neste sentido, cito a jurisprudência das duas Turmas de direito público do Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO. IPI. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPORTAÇÃO DE MERCADORIA. DESEMBARAÇO ADUANEIRO. CLASSIFICAÇÃO TARIFÁRIA. AUTUAÇÃO POSTERIOR. REVISÃO DE LANÇAMENTO POR ERRO DE DIREITO. SÚMULA 227/TRF. PRECEDENTES.

- Aceitando o Fisco a classificação feita pelo importador no momento do desembaraço alfandegário ao produto importado, a alteração posterior constitui-se em mudança de critério jurídico vedado pelo CTN.

- Ratio essendi da Súmula 227/TRF no sentido de que "a mudança de critério jurídico adotado pelo fisco não autoriza a revisão do lançamento".

- Incabível o lançamento suplementar motivado por erro de direito.

- Recurso improvido. (STJ, 1ª Turma, unânime, relator Min. Luiz Fux, REsp. nº 412904/SC, DJ 27/05/2002 p. 142)

TRIBUTÁRIO - IMPORTAÇÃO - REVISÃO DE LANÇAMENTO POR ERRO DE DIREITO - SÚMULA 227/TFR.

1. Em havendo na declaração do contribuinte erro de direito não detectado pelo Fisco, que a aceita integralmente, a mudança de entendimento constitui-se em alteração de critério vedada pelo CTN.

2. Só a falsidade, o erro ou a omissão são capazes de provocar a revisão do lançamento com a conseqüente autuação do contribuinte.

3. Recurso especial improvido. (STJ, 2ª Turma, unânime, relatora Min. Eliana Calmon, REsp. nº 171119/SP, DJ 24/09/2001 p. 263)

Assim, VOTO por conhecer do recurso e dar-lhe provimento, para anular o processo desde a determinação do Sr. Inspetor da IRF/SP para que se procedesse a reavaliação do despacho de Importação, recebendo as impugnações originais apresentadas pela recorrente e abrindo-se prazo de trinta dias para este complementá-las, inclusive juntando os documentos que entender necessários, contado da intimação desta decisão, como forma de garantir ao contribuinte sua ampla defesa.

Sala das Sessões, em 10 de dezembro de 2008

Marcelo Ribeiro Nogueira
MARCELO RIBEIRO NOGUEIRA - Relator