



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

PROCESSO Nº : 10314.003721/99-87
SESSÃO DE : 07 de julho de 2004
ACÓRDÃO Nº : 301-31.314
RECURSO Nº : 123.565
RECORRENTE : NISSAN DO BRASIL COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO DE
VEÍCULOS LTDA.
RECORRIDA : DRJ/SÃO PAULO/SP

NULIDADE - Anulada a decisão de Primeira Instância, pelo Conselho de Contribuintes, há que ser proferida nova decisão, de acordo com a determinação contida no Acórdão.

ANULA-SE O PROCESSO, A PARTIR DO ACÓRDÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA/SPOII Nº 02.704, INCLUSIVE.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, anular o processo a partir da decisão de primeira instância, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Brasília-DF, em 07 de julho de 2004

OTACÍLIO DANTAS CARTAXO
Presidente

ROBERTA MARIA RIBEIRO ARAGÃO
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: CARLOS HENRIQUE KLASER FILHO, ATALINA RODRIGUES ALVES, JOSÉ LENCE CARLUCCI, JOSÉ LUIZ NOVO ROSSARI, LUIZ ROBERTO DOMINGO e VALMAR FONSECA DE MENEZES. Fez sustentação oral o representante da empresa Dr. MÁRIO LUIZ OLIVEIRA DA COSTA OAB/SP nº 117.622.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 123.565
ACÓRDÃO Nº : 301-31.314
RECURSO Nº : 123.565
RECORRENTE : NISSAN DO BRASIL COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO DE VEÍCULOS LTDA.
RELATOR(A) : ROBERTA MARIA RIBEIRO ARAGÃO

RELATÓRIO

Inicialmente cumpre observar que o recurso retorna a julgamento após ter sido anulada a decisão de primeira instância, por unanimidade de votos, em sessão realizada em 21 de novembro de 2001, através do Acórdão de nº 301-30.017, com a seguinte ementa:

“ANULADA A DECISÃO - com base no princípio do duplo grau de jurisdição, nula será a decisão de 1º instância que não apreciou o mérito do auto de infração lavrado após um ano de desistência da ação judicial, por não se configurar renúncia da esfera administrativa.”

No entanto a autoridade julgadora de primeira instância não exarou nova decisão para conhecer do mérito e novamente não conheceu da impugnação, limitando-se a repetir o conteúdo da decisão anterior, em total desrespeito a este Colegiado.

No caso, novo recurso foi apresentado com outros argumentos, os quais leio a seguir:

ALEGAÇÕES DO NOVO RECURSO (fls. 323/341)

- que a decisão proferida na 1ª Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes anulou aquela primeira decisão e determinou que outra fosse proferida, apreciando o mérito da defesa apresentada;
- que sobreveio nova decisão da Delegacia de Julgamento de São Paulo, e em manifesta desobediência por esta Colenda Corte, novamente deixou de apreciar o mérito, prolatando decisão praticamente idêntica à primeira, não restando outra alternativa senão reiterar o recurso inicialmente interposto;
- a r. Decisão, portanto é nula tal qual a primeira, o que justificaria, a princípio, nova devolução dos autos à origem para que outra seja proferida, desta vez apreciando o mérito da

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 123.565
ACÓRDÃO Nº : 301-31.314

demanda. Nada obstante, por economia processual e evitando a perpetuação da lide no tempo, não se opõe a recorrente ao julgamento do mérito diretamente por esta Colenda Corte;

- pretende a autuação lavrada, após manifestação expressa tanto do Sr. Inspetor da Receita Federal como da Procuradoria da Fazenda Nacional, alterar o entendimento fiscal acerca da questão;
- que o fiscal desatendeu o disposto no art. 146 do CTN, pois a aplicação de novo critério jurídico somente é possível para fatos geradores futuros;
- que a própria Receita Federal e PFN examinaram a aplicabilidade de tal consulta ao caso concreto discutido no Mandado de Segurança, e foi com base em tais manifestações que o juiz declarou extinto o feito e autorizou a devolução da garantia inicialmente prestada;
- que a afirmação segundo a qual a recorrente **pretendeu fazer crer ao juiz que não havia mais necessidade de exame de mérito** chega a parecer leviana, pois sinaliza com uma insinuação de que a recorrente teria distorcido ou omitido fatos ao juiz, e isso não ocorreu, porque a extinção do feito foi realizada com zelo e após consulta da Receita Federal e PGFN;
- que a decisão de primeira instância também afirmou que “a consulta formulada não tinha o condão de desfazer a discussão que já havia sido instaurada com a impetração do mandado de segurança”. Essa, entretanto, não foi a opinião da mesma Receita Federal, quando concordou com a extinção do Mandado de Segurança, por julgá-la aplicável ao feito, levando à sua perda de objeto;
- também é descabida a alegação do fiscal autuante de que a recorrente não teria comprovado que os veículos objeto das ações judiciais possuíam as mesmas características identificadas pelo fisco. Tal não foi apenas demonstrado naqueles feitos como foi objeto de expressa concordância da Receita e da PFN;
- reafirme-se que os veículos discutidos neste processo são os mesmos objeto da consulta formulada à Receita Federal, na qual a recorrente obteve decisão no sentido de que os veículos modelo Nissan Pathfinder não apresentam características de uso misto, razão pela qual não se ajustam à hipótese prevista no PN

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 123.565
ACÓRDÃO Nº : 301-31.314

02/94 e deveriam ser efetivamente classificados no código 8703.24.0500 da TIPI (Jipe);

- que a autuação em tela configura violação à coisa julgada, pois a sentença proferida no Mandado de Segurança foi no sentido de que o mesmo resultava prejudicado por força do fato superveniente noticiado (resposta à consulta) que implicara não mais ser devido o imposto questionado. Referida decisão transitou em julgado, de modo que há coisa julgada, no sentido de não ser devida a diferença de IPI em questão, tanto assim que os respectivos depósitos judiciais foram levantados em favor da recorrente;
- o manual do proprietário descreve um veículo Nissan Pathfinder com as características existentes no Japão, sem ocorrer a adaptação do manual às alterações realizadas no automóvel para ser exportado para o Brasil. Dessa forma, as informações constantes do manual devem ser examinadas no próprio automóvel, para verificar se conferem com o veículo efetivamente importado;
- quando a Receita examinou a consulta não se fixou nas informações dos manuais e sim nas características reais dos veículos, verificando que os bancos eram, de fato, fixos;
- que a característica de banco escamoteável ou não é até mesmo irrelevante, já que não prevista nas NESH;
- ainda que pudesse os veículos em questão se enquadrar como “jipe” ou “veículo de uso misto”, em hipótese alguma seria devida a diferença de IPI exigida, no sentido de ser aplicável alíquota de IPI superior àquela então prevista para classificação “jipe”, por ser manifestamente ilegal;
- não procede a alegação da decisão de 1ª instância de que o mérito da aplicação da penalidade não foi discutido, porque é claro que a impugnação do mérito abrange, também, o crédito relativo à multa imposta, logo não pode ser imputada como infratora e passível de ser punida com multa, o procedimento da recorrente que se pautou em todas as manifestações do Poder Público;
- ilegalidade dos juros SELIC na correção de débitos tributários, com fundamento no art. 26 da MP nº 1.542/96 e art. 30 da MP

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 123.565
ACÓRDÃO Nº : 301-31.314

nº 1.621/97. Pois tais normas legais padecem de vícios jurídicos que impõem a sua não aplicação, quais sejam: falta de previsão em lei e inadequação entre a natureza da taxa criada e regulamentada pelo BC e o campo tributário - , que vêm somar-se à delegação de competência contrária ao CTN, a aplicação da taxa SELIC, imposta pelo auto de infração deve ser afastada.

O Inspetor da Receita Federal de São Paulo indeferiu o seguimento do novo recurso com base no Parecer da SESIT da IRPF de São Paulo, o qual repete o Parecer já emitido às fls. 240/241 agora nas fls. 350/351, com idêntica proposta de não seguimento do recurso ao Conselho de Contribuintes para que fosse dada continuidade à ação de cobrança, com base no ADN/COSIT nº 3/96, e no Memorando/SRF/COSIT nº 195/95.

Irresignada, a recorrente apresenta novo pedido ao Inspetor para seguimento do recurso ao Terceiro Conselho de Contribuintes alegando que a liminar confirmada por sentença, concedida nos autos do MS 2001.61.00.048926-9 determina o processamento dos recursos interpostos em diversos processos administrativos.

Com base na informação da SECAT (fls. 402) que propôs o encaminhamento do recurso ao Terceiro Conselho de Contribuintes por entender que a situação que se encontra o processo é idêntica à relatada às fls. 272/273, o Inspetor da Receita Federal de São Paulo determinou que deve ser cumprida a ordem judicial, com o encaminhamento do processo ao Terceiro Conselho de Contribuintes.

O processo foi redistribuído a esta Conselheira, com numeração até às fls. 404.

É o relatório.

AA

RECURSO Nº : 123.565
ACÓRDÃO Nº : 301-31.314

VOTO

O novo recurso é tempestivo e cumpriu todas as formalidades legais, portanto dele tomo conhecimento.

No mérito o processo trata de determinar se os veículos importados marca Nissan, modelo Pathfinder SE, se classifica na posição 8703.33.0400 e 8703.23.0700, relativas a "jipes" adotada pelo contribuinte, ou classifica-se na posição 8703.23.1001 e 8703.33.0600, relativas aos veículos de uso misto, conforme entendimento da Fiscalização.

Relativamente à classificação tarifária dos veículos em questão, em face da Portaria MF nº 73/94 e do Ato Declaratório Normativo COSIT nº 02/94, a autuada empreendeu duas providências: em 20/07/94, ajuizou ação, obtendo liminar no Mandado de Segurança nº 94.0016950-7, para liberação dos veículos com alíquota de 8% (fls. 34/42) e, em 1996, obteve resposta ao processo de consulta sobre a classificação fiscal dos veículos Modelos Nissan Pathfinder TLPZLTF R50 EHA e Nissan Pathfinder TLPZLTA R50 EHA (fls. 141/145), enquanto a Fiscalização lavrou auto de infração em 04/08/1999 com cientificação em 04/08/99 (fls 02/10).

Conforme já relatado, inclusive no voto proferido anteriormente desta mesma Câmara, a autoridade julgadora de 1º instância não tomou conhecimento da impugnação, com base nas letras "a" e "c" do ADN/COSIT nº 03/96, tendo em vista a propositura da ação judicial.

Entretanto este Colegiado entendeu que o presente processo não tinha o mesmo objeto da ação judicial, razão pela qual anulou-se a decisão de primeira instância, para que outra fosse proferida.

Portanto, caberia à autoridade julgadora de primeira instância exarar nova decisão, desta feita, conhecendo as razões contidas na impugnação.

Não obstante, não foi esta a atitude da autoridade julgadora, o que vale salientar, mais uma vez demonstra uma afronta a este Colegiado.

De se ressaltar que foi também esta a atitude da Autoridade Julgadora de Primeira Instância em processo idêntico e da mesma interessada, em que a Ilustre Conselheira Maria Helena Cotta Cardoso foi a Relatora e assim se pronunciou:

"De plano, cabe assinalar que as decisões de segunda instância têm efeito substitutivo sobre as de primeira instância. Assim, se o órgão

HA

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 123.565
ACÓRDÃO Nº : 301-31.314

Colegiado entendeu que a impugnação deveria ser conhecida, ao julgador singular não mais caberia deixar de conhecê-la, reprisando entendimento já superado e subtraindo da contribuinte o direito ao duplo grau de jurisdição.

Ressalte-se que à autoridade julgadora de primeira instância é assegurado o direito de opor embargos de declaração, nos casos em que o Acórdão de segunda instância contenha obscuridade, dúvida ou omissão (art. 27, parágrafo 1º, do Anexo II, da Portaria MF nº 55/98, com a redação dada pela Portaria MF 103/2002). Não se configurando qualquer destas hipóteses, à autoridade julgadora de primeira instância cabe tão-somente cumprir a decisão contida no Acórdão, o que, no presente caso, consistiria em examinar a matéria antes não conhecida, e exarar novo Acórdão.”

Entretanto, apesar de o novo recurso ter apresentado outros argumentos, entendo que nesta fase do processo já não cabe a este Conselho de Contribuintes fundamentar seu entendimento, mas sim reiterar o cumprimento da decisão contida no Acórdão nº 301-30.017/2001, sendo conveniente no entanto que mais uma vez se esclareça sobre as razões da decisão de segunda instância, o que será feito apenas por respeito aos meus novos pares.

Portanto, analisaremos inicialmente se existe efetivamente a concomitância defendida pelas duas decisões de primeira instância.

No caso, discordo da interpretação do Ato Declaratório Normativo nº 3/96 em que se baseou o julgador de primeira instância para não tomar conhecimento da impugnação, conforme demonstraremos a seguir.

De se observar que o ADN nº 3/96 dispõe que:

“a) A propositura pelo contribuinte contra a Fazenda, de ação judicial – por qualquer modalidade processual – **antes ou posteriormente à autuação**, com o mesmo objeto, importa a renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto;

...

e) **é irrelevante na espécie**, que o processo tenha sido extinto, no Judiciário, sem julgamento do mérito.” (grifei).

Com relação a letra “a” a Ilustre Conselheira e Relatora de processo idêntico e da mesma interessada, que diverge apenas pelas declarações de importações, brilhantemente já esclareceu que:

M

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 123.565
ACÓRDÃO Nº : 301-31.314

“...no Mandado de Segurança nº 94.0016950-7, a interessada não estava discutindo, na esfera judicial, se os veículos em tela possuíam ou não tais ou quais características (guincho ou lugar apropriado para recebê-lo, bancos rebatíveis/escamoteáveis, etc). Tratava a discussão judicial de matéria puramente de direito, até porque o Mandado de Segurança não comporta dilação probatória.

Ademais, o fato de que o Mandado de Segurança não discutia identificação/classificação fiscal de mercadorias foi reconhecido pela própria autuação, quando esta expressa que “na esfera judicial a Empresa alegou apenas matéria de direito, a saber, que a Portaria e o Parecer Normativo eram inconstitucionais...”

Assim, no Mandado de Segurança se discute matéria de direito – legalidade da Portaria MF nº 73/94 e do Parecer Normativo nº 02/94. Já no presente processo, a discussão preliminar que se trava é sobre matéria de fato, ou seja, se os veículos objeto da autuação possuíam ou não características de uso misto...”

Conforme se verifica, a matéria que se discute na esfera administrativa é diferente da discussão na esfera judicial, ou seja, não tratam do mesmo objeto, portanto se não existe concomitância, conseqüentemente não há que se falar em renúncia à esfera administrativa.

Também não se trata de aplicação da letra "e" do ADN 03/96, porque, no meu entendimento só seria cabível quando existisse algum motivo que impossibilitasse o julgamento do mérito, e não em razão de desistência da discussão na esfera judicial pelo próprio contribuinte, como no caso que ora se examina.

Assim, se a Receita entender de lançar um crédito tributário em que o contribuinte tinha ajuizado uma ação e posteriormente desistido, é óbvio que este contribuinte poderá se defender administrativamente, porque não existe concomitância, uma vez que a ação judicial foi extinta, sem julgamento do mérito, por desistência.

Portanto, não são todos os casos em que deve ser considerado “irrelevante que o processo tenha sido extinto, sem julgamento do mérito”, pois isso vai depender do motivo que ocasionou o não julgamento do mérito.

No caso, o Mandado de Segurança de fls. 67, impetrado pelo contribuinte, foi extinto pela justiça em 09/03/98, sem julgamento do mérito, em razão de desistência do interessado.

E, posteriormente, é que a Fiscalização lavrou auto de infração baseada no fato de que nas duas declarações de importações a de nº 366321 e a de nº

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 123.565
ACÓRDÃO Nº : 301-31.314

366323 o Fisco fez exigência no quadro 24 da DI, entretanto, de acordo com as cópias anexadas às referidas DI (fls. 55 e fls. 21) não existe esta exigência, e sim a informação nas fls. 21 apenas na DI 366323 de: “liberados por força do mandado de segurança nº 94.001.16950-7 da 12ª Vara Federal”

Ademais, ainda que a autoridade julgadora estivesse correta por entender que havia concomitância entre os processos, a ação na justiça já foi extinta, sem julgamento do mérito referente à declaração de importação nº 366323 (fls. 21), enquanto que na DI nº 366321 citada no auto de infração não existem provas nos autos se foi acobertada com a liminar, ou seja, para esta DI não existe discussão na via judicial.

Além do que a discussão judicial foi extinta sem julgamento de mérito com a anuência da Fazenda Nacional, e é neste particular a diferença que também queremos demonstrar, porque foi a própria Fazenda Nacional através do despacho de fls. 165 do Ilustre Procurador da Fazenda Nacional que se manifestou sobre a petição de extinção do processo da recorrente que nada tinha a opor, conforme consta nas razões de decidir do Juiz Federal da 12ª Vara Federal.

É assim que também entende a Ilustre Conselheira Maria Helena Cotta Cardoso quando esclarece em seu voto:

“Quando a interessada resolveu desistir da ação judicial, em face do resultado da consulta, a Inspeção da Receita Federal em São Paulo/SP foi notificada e sobre ela se manifestou. Naquela oportunidade, o Ofício Sesit nº 084/98, enviado pela IRF São Paulo/SP à Justiça Federal, em seu próprio cabeçalho, efetuava a vinculação do Mandado de Segurança nº 94.0016950-7 com o processo de consulta nº 10880.034966/96-05 (fls. 363/364). O citado ofício foi expedido em 12/02/98, e as importações acobertadas pelo Mandado de Segurança tinham ocorrido em outubro 1994. Ora, se já em 1994, no momento do desembarço aduaneiro, a IRF em São Paulo/SP já estava ciente de que os veículos tinham características de uso misto, como afirma a autuação, por que aquela repartição não se opôs à extinção do processo judicial? Afinal, os depósitos judiciais promovidos pela requerente constituíam a garantia do crédito tributário. Por que a IRF em São Paulo/SP, juntamente com a Procuradoria da Fazenda Nacional, tendo pleno conhecimento de que a consulta não aproveitaria aos veículos autuados (já que estes teriam bancos rebatíveis/escamoteáveis, característica esta não encontrada nos veículos objeto da consulta) abriram mão dos créditos tributários já depositado em juízo, para no ano seguinte exigir esses mesmos créditos por meio de Auto de Infração?”

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 123.565
ACÓRDÃO Nº : 301-31.314

Portanto, sobre as matérias trazidas aos autos que não tratam do mesmo objeto da ação judicial deve a autoridade de primeira instância julgar o mérito, conforme determina o próprio Ato Declaratório Normativo nº 3/96 letra "b" a seguir descrito:

"b) conseqüentemente, quando diferentes os objetos do processo judicial e do processo administrativo, este terá prosseguimento normal no que se relaciona à matéria diferenciada (por exemplo, aspectos formais do lançamento, base de cálculo, etc);".

Finalmente, cumpre observar o disposto no inciso II do § 2º do art. 59 do Decreto nº 70.235/72:

"Art. 59. São nulos:

...

II) os despachos e decisões proferidas por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

...

§ 2º na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo."(grifei).

Pelo exposto, e com base no art. 59, inciso II do Decreto nº 70.235/72 voto no sentido de **ANULAR A NOVA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, SOB A FORMA DE ACÓRDÃO (FLS. 305/319), e, com base no § 2º do mesmo dispositivo legal, e no item "b" do ADN 3/96 DETERMINAR QUE OUTRO ACÓRDÃO SEJA PROFERIDO, COM EXAME DAS QUESTÕES DE MÉRITO NÃO DISCUTIDAS NA AÇÃO JUDICIAL.**

Finalmente, entendo que é dever deste Colegiado alertar o órgão Julgador de primeira Instância que as decisões proferidas com preterição do direito de defesa, são uma gravíssima afronta não só a esta Corte, mas a um dos mais nobres princípios constitucionais que também rege o Processo Administrativo Fiscal: o da Ampla Defesa.

Sala das Sessões, em 07 de julho de 2004



ROBERTA MARIA RIBEIRO ARAGÃO - Relatora