



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

Processo nº 10314.003987/2004-76
Recurso nº 344.352 Voluntário
Acórdão nº 3202-00.084 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 03 de fevereiro de 2010
Matéria Direitos Antidumping, Compensatórios ou de Salvaguardas Comerciais
Recorrente BAYER S/A
Recorrida DRF - SÃO PAULO/SP

ASSUNTO: DIREITOS ANTIDUMPING, COMPENSATÓRIOS OU DE SALVAGUARDAS COMERCIAIS

Data do fato gerador: 21/05/2004, 24/05/2004

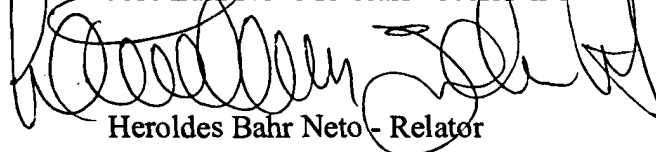
DIREITO ANTIDUMPING. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. AÇÃO JUDICIAL COM OBJETO IDÊNTICO À EXIGÊNCIA FISCAL. CONCOMITÂNCIA. RENÚNCIA À DISCUSSÃO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO.

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura, pelo sujeito passivo, de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento, com o mesmo objeto do processo administrativo (Súmula nº 05 do Terceiro Conselho de Contribuintes).

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado. Declarou-se impedido o Conselheiro Rodrigo Cardozo Miranda. Fez sustentação oral o Advogado Gabriel Lacerda Troianelli- 180.317-AOB/SP.


José Luiz Novo Rossari - Presidente

Heroldes Bahr Neto - Relator

Editado em: 14 de março de 2010.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Heroldes Bahr Neto, Rodrigo Cardozo Miranda, Maria Regina Godinho de Carvalho, Luis Eduardo Garrosino Barbieri, André Luiz Bonat Cordeiro e José Luiz Novo Rossari (Presidente). Esteve presente o Representante da Fazenda Nacional Paulo Roberto Riscado Júnior.

Relatório

Trata-se de Auto de Infração (fls. 1/7) lavrado pela d. autoridade fazendária, visando constituir o crédito tributário relativo ao **Direito Antidumping**, com juros de mora equivalente à Taxa Selic, no montante de R\$ 103.536,38 (cento e três mil, quinhentos e trinta e seis reais e trinta e oito centavos).

Consoante se depreende do Auto de Infração em referência, nas datas de 21 de maio de 2004 e 24 de maio de 2004, por meio das DI's de n°s 04/0484889-8, 04/0484896-0, 04/0484924-0 e 04/0484932-0, a empresa BAYER S/A submeteu a despacho aduaneiro 135.000 kilogramas de **resina de polycarbonato grau óptico em estado sólido e para uso industrial (makrolon)** fabricadas pela Bayer Material Science da Alemanha e procedentes deste mesmo País, classificável na Tarifa Externa Comum no **código 3907.4090 – Outros Polycarbonatos em forma Primária**.

Não obstante a edição da Portaria Interministerial MDIC/MF nº 11/99, publicada no DOU de 26/07/1999, que estabeleceu a cobrança de Direitos *Antidumping* para as importações brasileiras de resina de Polycarbonato originárias da República da Alemanha especificamente da Bayer AG em 9%, além da alíquota normal do II, a Recorrente, apoiada em decisão judicial (antecipação de tutela – Autos de Ação Declaratória Ordinária nº 2004.61.00.002470-9) desembaraçou as mercadorias das respectivas DI's, sem o recolhimento dos Direitos Antidumping devidos (MEMO GAB/IRF-SPO nº 125/04, às fls. 08).

Ressalte-se que a r. decisão judicial desobrigou a ora Recorrente do recolhimento da sobretarifa, até a decisão final.

Contribuinte apresentou tempestiva **Impugnação (fls. 218 a 233)**, aduzindo que:

1. Dos fatos

Diz-se *“surpreendida com o recebimento do “Auto de Infração – II/IPI”, MPF 0815500/14663/04, objeto do processo administrativo nº 10314.003987/2004-76, para efetuar o pagamento de tributos supostamente devidos, em virtude de se ter apurado que as mercadorias importadas da Alemanha constantes das DI's nº 04/0484889-8, 04/0484896-0, 04/0484924-0 e 04/0484932-0 registradas em 21/05/2004 e DI nº 04/0490253-1, registrada em 24/05/2004 (docs. 6 a 10) encontravam-se sujeitas aos direitos antidumping, previstos na Portaria Interministerial nº 11 de 22 de julho de 1999 (doc. 11).”*

Assenta que o *“Auto de Infração foi lavrado em 18 de junho de 2004 (na verdade foi em 07/06/2004 – fl. 01), inclusive cobrando multa de mora, mesmo estando a exigibilidade do crédito tributário suspensa por força judicial, em decisão judicial exarada na Ação Declaratória Ordinária nº 2004.00.002470-9 (doc. 12)”* (negrito no original)

De outra banda, alega que *“algumas mercadorias objeto do lançamento feito no Auto de Infração em questão, ou seja, os produtos MAKROLON® AL 2647 550396 (DI's nº 04/0484889-8 e 04/0484932-0) e MAKROLON® KUI 1243 550111 (DI 04/0484896-0) não*



estão sujeitas aos direitos antidumping estabelecidos na mencionada Portaria Interministerial nº 11/1999, uma vez que foram expressamente excluídos da incidência através da referida Portaria. (negrito no original)

Com estas breves digressões, assenta a Requerente que demonstrará as razões de seu inconformismo que entende suficiente e necessário para desconstituir o lançamento em apreço.

2. Do Mérito

Diz a Recorrente, que a Portaria Interministerial *sub examine*, determinou a aplicação de direito ***antidumping***, no percentual de 9%, sobre determinados produtos originários da República Federal da Alemanha, pelo prazo de 5 anos, ou seja, até 22 de julho de 1999.

Que referida Portaria, assenta que a incidência dos direitos *antidumping* trata **EXCLUSIVAMENTE** aos produtos mencionados no seu art. 2º, *verbis*:

“Art. 2º. O produto objeto desta Portaria compreende exclusivamente as resinas de policarbonato, na forma de pó, flocos ou grânulos, não reforçadas com fibra de vidro ou que contenham qualquer carga, abrangendo:

I – Resinas Standards, de uso geral (índice de fluidez de 3 a 19g/10min), não aditivadas ou adicionadas de agentes desmoldantes com ou sem protetor de radiação ultravioleta (UV), podendo atender às especificações das normas técnicas para aplicações em contato com alimentos, ou características de resistências a hidrólise;

II – resinas de alta fluidez (índice de fluidez de 20 a 30g/10min), aditivadas com agente desmoldante, ou com estabilizador; e

III – resinas de estrutura ramificada, viscosidade estrutural (índice de fluidez de 1 a 4g/10min), aplicadas a processo de moldagem por sopro, que atentam às especificações das normas técnicas para aplicação em contato com alimentos.” (grifos e destaques no original)

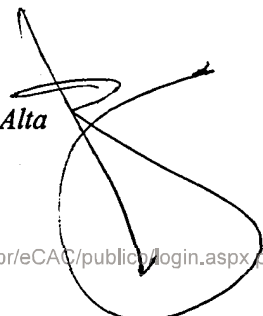
Pari passu, sustenta que “consta expressamente no item “B – DO PRODUTO SOB INVESTIGAÇÃO”, letra “c” do Anexo à Portaria Interministerial nº 11/1999, que as seguintes resinas foram EXCLUÍDAS do escopo da investigação:

a)-Resinas Reforçadas com Fibra de Vidro ou Contendo qualquer Outra Carga;

b)-Resinas Classe Retardante de Chama, UL 94 V-O e UL 94 5V;

c)-Resinas Grau Ótico, Classe CD e Oftálmicas;

d)-Resinas de Qualidade Superior quanto a Fluxo e Alta Resistência a Impacto; e



e)-Resinas Mistas, de Policarbonato com outro Termoplástico (ABS, PET, PBT), mesmo que classificadas na subposição 3907.40 da NCM/SH.

2.1 – Da não incidência dos direitos antidumping nas importações do produto MAKROLON® AL 2647 550396.

Sustenta a Recorrente, que o produto em referência, “objeto das DI’s n° 04/0484889-0 e n° 04/0484932-0 e conforme mencionado no corpo das mesmas (docs 6 e 7), é um policarbonato de grau ótico, expressamente excluído na Portaria Interministerial n° 11/1999 e não se enquadra, em absoluto, na descrição contida no seu art. 2°, não podendo portanto haver qualquer imposição de direito **antidumping** sobre tal produto”.

De igual sorte, que a “definição para Policarbonato “produto grau ótico” não está relacionada ao valor do índice de fluidez (medido através de Melt Volume Rate a 300° C, carga de 1,2 Kg conforme ISO 1133) do grade, mas com o grau de pureza e cor específica do produto”, conforme procura demonstrar através de um quadro sinóptico (fls. 221/222)

Ato contínuo, afirma que “A qualidade ótica é atribuída somente a **grades especiais**, cujas aplicações necessitam altíssima pureza: entende-se por altíssima pureza os produtos com mínima probabilidade de ocorrência de pontos de gel (fish eyes), pó (resultante do choque mecânico do pellet contra as paredes do sistema de transporte/silo de armazenamento) e contaminação externa.”

Assim, no caso específico dos grades da linha AL, objeto da presente *vexata quaestio*, sustenta que “somente são produzidos na tonalidade “*crystal 550396*”. Tal cor, o pacote de aditivos e a elevada pureza do material, juntamente com os **coatings** aplicados posteriormente (aumentar resistência ao risco e UV da lente) permitem que a lente cumpra os requisitos técnicos exigidos internacionalmente por entidades como AMECA* e SAE”, ao passo que os demais produtos são considerados convencionais quanto à “pureza”, não recebendo a denominação “*optical quality*”.

Com efeito, entende a Requerente, que pelo fato de a fiscalização não apresentar nenhum laudo a embasar a autuação e muito menos trazer argumentos que refutem as alegações técnicas e jurídicas por si trazidas, a presente autuação sobre “os produtos de grau ótico” deve ser revista, posto que insubsistentes, haja vista estar demonstrado que “os produtos **MAKROLON® AL 2647 550396**”, objeto da presente autuação, são policarbonato de grau ótico, expressamente excluídos no item B, letra “c” do Anexo à Portaria Interministerial n° 11/1999.

Deve, portanto, ser anulado o Auto de Infração, posto que INDEVIDO o crédito lançado pela d. autoridade fazendária.

2.2 – Da não incidência dos Direitos antidumping nas importações do produto MAKROLON® KU1 1243 550111.

Sustenta a Recorrente, que “consta do corpo da própria DI 04/0484896-0 que o produto **MAKROLON® KU1 1243 550111** (doc. 07) é “uma resina de policarbonato com estrutura ramificada, com índice de fluidez maior que 6,5 gr/10 min.”. (grifos do original)

2

Assim, conforme já exposto, a Portaria em referência "*LIMITOU a incidência dos direitos antidumping EXCLUSIVAMENTE aos produtos mencionados no seu art. 2º*", verbis:

"Art. 2º. O produto objeto desta Portaria compreende exclusivamente as resinas de polycarbonato, na forma de pó, flocos ou grânulos, não reforçadas com fibra de vidro ou que contenham qualquer carga, abrangendo:

III – resinas de estrutura ramificada, viscosidade estrutural (índice de fluidez de 1 a 4g/10min), aplicadas a processo de moldagem por sopro, que atentam às especificações das normas técnicas para aplicação em contato com alimentos." (grifos e destaques no original)

Assim, entende que "*as resinas de estrutura ramificada com índice de fluidez maior que 6,5g/10min não estão compreendidas dentre as resinas de estrutura ramificada com índice de fluidez de 1 a 4 g/10 min.*"

Procura esclarecer, ainda, que "*a indústria doméstica não fabricava no Brasil, à época da investigação que culminou na Portaria Interministerial 11/1999, bem como hoje não fabrica, resinas de polycarbonato similares às resinas do tipo 1243 importadas pela Bayer S/A, motivo pelo qual esse tipo não foi expressamente excluída da investigação e, conseqüentemente, da imposição de direitos antidumping.*"

Alega, ainda, que "*a resina do tipo 1243 importadas pela Recorrente, são classificadas como resinas ramificadas e possuem uma viscosidade fundida maior do que as resinas fabricadas pela indústria doméstica – resinas que não são ramificadas e que, portanto são denominadas "resinas lineares" -, o que lhes permite uma aplicação diferenciada em relação às resinas lineares (quer me parecer que a Recorrente quis dizer: ... às resinas ramificadas).*

Após traçar algumas digressões em torno da aplicabilidade e eficiência entre uma e outra (resina ramificada x resina linear), conclui afirmando que "*a resina do tipo 1243 garante a formação de chapas perfeitas, além de uma produtividade maior em razão da estabilidade que confere ao processo produtivo, fatos que não são alcançáveis pela utilização de resinas lineares, tais como as fabricadas pela indústria doméstica*".

Com efeito, entende que pelo fato de a d. autoridade fazendária não ter apresentado nenhum laudo capaz de embasar a presente autuação e muito menos trazer argumentos que refutem suas argumentações, tanto técnica quanto jurídica, deve, referido Auto de Infração, ser ANULADO, por entender ser indevido o crédito tributário constituído, posto que o objeto da presente autuação, **não se enquadra nas hipóteses de incidência dos direitos antidumping** previstos na Portaria Interministerial nº 11/1999.

2.3 – Da não incidência de multa de mora em relação às DI's nº 04/0484889-8, 04/0484896-0, 04/0484924-0, 04/0484932-0 e 04/0490253-1.

Sob a óptica da Recorrente, entende ter restado demonstrado e provado que "*a exigência fiscal, ou seja, os direitos antidumping, em relação aos produtos MAKROEON ® AL 2647 550396, importados através das DI's nº 04/0484889-0 e 04/0484932-0, e*

MAKROLON® KUI 1243 550111, importadas através da DI nº 04/0484896-0, não são devidos.”

Assim, restando indevidos o direito antidumping, indevido também o é, a multa dela decorrente, devendo, portanto, também ser anulado o Auto de Infração na presente hipótese.

Quanto às DI's nº 04/0484924-0 e 04/0490253-1, ambas relativas ao produto **MAKROLON® 2458 550115**, a multa também não pode ser cobrada. Para tanto, alega que referido produto, por se tratar de “um polycarbonato, com índice de fluidez de 20g/10 min., estaria sujeito à incidência dos direitos antidumping, **NÃO FOSSE O ADVENTO DE DECISÃO JUDICIAL** (doc. 12) exarada na Ação Declaratória Ordinária nº 2004.00.002470-9, que concedeu à ora Impugnante antecipação de tutela para suspender a imposição do direito antidumping estabelecido pela Portaria Interministerial nº 11/1999.”

Ante tais circunstâncias, entende que a “exigibilidade do tributo em relação às DI's em apreço, estava suspenso, nos termos do art. 151 do CTN”.

Para tanto, argumenta que “o Auto de Infração foi lavrado em 18 de junho de 2004, mesmo estando a exigibilidade do crédito tributário suspensa por força judicial, apenas com o intuito de prevenir a decadência em relação aos créditos tributários que o fisco entende devidos em relação ao tributo.” Entende, portanto, que a fiscalização efetuou o lançamento de multa de mora indevidamente.

Pari passu, sustenta que “a cobrança de multa de ofício, para os casos de débitos com exigibilidade suspensa, é expressamente vedada pela legislação, conforme se verifica do art. 63 da Lei nº 9.430 de 27/12/1996”, circunstância, esta, reconhecida pela própria Fazenda, ao fazer consignar em campo próprio – intimação – do Auto de Infração, que “o crédito tributário lançado através da (SIC) presente Auto de Infração está com a exigibilidade suspensa por força da Ação Declaratória Ordinária nº 2004.00.002470-9 (art. 151, incisos II e IV, do CTN), que concedeu antecipação de tutela possibilitando que a empresa obtivesse o aval do Poder Judiciário (SIC) para suspender a imposição do direito antidumping estabelecido pela Portaria nº 11 de 22 de julho de 1999”. (negrito no original)

Ressalta a ora Recorrente, por fim, que, tendo sido cassada a liminar por parte do e. Tribunal Regional Federal da 3ª Região (doc. 13), ainda que posteriormente à lavratura do Auto ora impugnado, “todos os valores relativos aos direitos antidumping não recolhidos no período de vigência da autorização judicial, foram objeto de **DEPÓSITO JUDICIAL**, no prazo legal de 30 dias, inclusive os valores indevidamente exigidos em relação aos produtos excluídos da incidência (objeto das D.I's nº 04/0484889-8, 04/0484932-0 e 04/0484896-0) conforme petição, comprovante de recolhimento em anexo e relação de DI's (docs. 14, 15 e 16), razão pela qual **continuam com a exigibilidade suspensa**, nos termos do art. 151, II, do CTN.” (grifos e negritos no original)

Entende, pois, que, recolhidos os tributos devidos no aprazado legal – 30 dias – após a cassação da liminar referente às DI's nºs 04/0484924-0 e 04/0490253-1, já que se encontravam suspensos em razão de decisão judicial e continuam suspensos em razão do depósito judicial no seu montante integral, bem como que os produtos relativos às D.I.'s nºs 04/0484889-8, 04/0484932-0 e 04/0484896-0, estão excluídos da incidência dos direitos antidumping e foram objeto de depósito do valor integral, acredita restar demonstrado e provado que o lançamento e a cobrança de multa de mora não devem prevalecer, devendo, portanto, serem cancelados. É o que requer.



2.4 – Da ilegitimidade constitucional da cobrança dos direitos *antidumping*.

No entendimento da ora Recorrente, a cobrança sobre direitos *antidumping*, ao menos até a edição da Emenda Constitucional nº 42/2003, reveste-se de caráter eminentemente inconstitucional, posto que “*não se originam de bens havidos ou serviços prestados pela União Federal*”, além do que, “*as receitas derivadas a que faz jus a União e por ela podem ser exigidos, são as especificamente previstas na Constituição Federal*”.

Sustenta que a função social da propriedade, a prevalência da necessidade pública sobre a privada, o *jus puniendi* do Estado e o poder de tributar do Estado são as únicas hipótese em que pode se apropriar de bens particulares.

Após tecer algumas considerações sobre o direito de propriedade e da possibilidade de desapropriação por interesse social, bem como da prevalência da necessidade pública sobre a privada na hipótese de desapropriação por utilidade pública ou necessidade, como também na hipótese de *jus puniendi* do qual o Estado é titular – tanto de índole penal, quanto administrativa ou cível – estipular multa pecuniária ou a perda de bens, sustenta “*que o poder de tributar do Estado – delimitado pelos artigos 145 a 156 da CF – pode o Poder Público, para custear suas atividades, exigir do contribuinte determinada parcela de seu patrimônio sob a forma de tributo.*”

Pari passu, sob sua óptica, ainda que se possa, “*com base nos conceitos internacionais do direito antidumping constitui imposição paratarifária de intervenção no domínio econômico, fundada na função de incentivo do Estado, o fato é que a Constituição Federal, pelo menos, à época da introdução da legislação antidumping no Brasil, não contemplava a possibilidade de uma imposição paratarifária de intervenção no domínio econômico, devendo, portanto, o direito antidumping, para ser compatível com a Constituição Federal, se classificado como uma sanção por ato ilícito ou um tributo.*”

Assim, não podendo ser uma sanção por ato ilícito, uma vez que a sanção por definição só pode punir o autor do ilícito, o qual na hipótese em tela seria o exportador estrangeiro praticante do **dumping** e não o importador restaria, portanto, definir o direito *antidumping* como tributo, muito embora a Lei nº 9.019/95 pareça negar implicitamente ao direito *antidumping* natureza tributária, ao dispor em seu art. 1º, parágrafo único, que “*Os direitos antidumping e os direitos compensatórios serão cobrados independentemente de quaisquer obrigações de natureza tributária relativas à importação dos produtos afetados.*”

Com efeito, entende que “*não é a lei instituidora de uma exação que dá ou nega a sua natureza tributária, mas sim a Constituição Federal, complementada pelo Código Tributário Nacional; assim, se uma taxa é cobrada com o nome de tarifa, nem por isso deixa de ser taxa.*”

Nessa esteira, concluiu que na prática, o “*direito antidumping, ao assumir a forma de uma alíquota ad valorem sobre o bem importado, é tratado pela própria União Federal como um imposto sobre a importação, aí admitida, ainda que implicitamente, a natureza tributária desse direito.*”

Entende, portanto, que a própria União Federal trata referido direito *antidumping* como tributo, e que não se pode considerar tal direito um adicional ao imposto de importação, mas deve ser considerado um imposto novo.

Para reforçar seu entendimento, traz à colação, os ensinamentos de **Gabriel Troianelli**, que assenta: *in verbis*:

*"(...) não parece possível atribuir às medidas **antidumping**, compensatórias e de salvaguarda natureza idêntica ao de imposto de importação. No imposto de importação, o fato gerador é a importação, condição necessária e suficiente para que incida o tributo. Já nas medidas **antidumping**, compensatórias e de salvaguarda, a importação, conquanto condição necessária para a sua aplicação, não é suficiente, impondo-se que ocorra, na importação, dano decorrente de **dumping**, subsídios ou aumento significativo da importação.*

*Assim, enquanto no imposto de importação o fato gerador é meramente a "importação", nas medidas **antidumping**, compensatórias e de salvaguarda o fato gerador, necessário e suficiente para a incidência do tributo, seria a não mera importação, mas o "dano decorrente da importação praticada com **dumping**, subsídios ou aumento significativo de volume". (Sobre a Natureza (Tributária?) das Medidas Antidumping, Compensatórias e de Salvaguarda, Resenha da Associação Brasileira de Direito Financeiro – ABDF, p. 27).*

Daí concluiu a Recorrente que, **"sendo o direito antidumping um imposto novo, não previsto originariamente na Constituição Federal, deveria ter sido introduzido não por Lei Ordinária, como foi, mas por meio de Lei Complementar, nos termos do artigo 146 da Constituição Federal"**. (negrito no original)

Por derradeiro, sustenta que se deve destacar **"o fato de a Emenda nº 42, de 19 de dezembro de 2003, passou a prever expressamente, no criado art. 146 – A, a possibilidade de Lei Complementar estabelecer critérios especiais de tributação com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, que é, justamente, o que faz a União Federal quando impõe medidas **antidumping**."**

Fundamenta seu entendimento, no sentido de que **"...a prova definitiva de que antes dessa EC a CF não admitia, sob forma alguma, a imposição de medidas **antidumping** é o fato de que se procurou, no Projeto de EC nº 175/95, introduzir ilegitimamente no sistema constitucional a figura da medida **antidumping**. Não tendo logrado êxito esse projeto, somente a partir da EC nº 42/03 poderá a União Federal, mediante LC, em virtude do art. 146-A da CF, instituir direitos **antidumping** sob a forma de alíquota **ad valorem** sobre o preço do bem importado, sendo inconstitucional, portanto, a Lei nº 9.019/95, bem como a imposição de medida **antidumping** com fundamento nesta lei."**

Diante do exposto, entende que devem ser cancelados todos os lançamentos constantes do Auto de Infração ora Impugnado, posto que fundado na Portaria Interministerial nº 11 de 22 de julho de 1.999, em razão da ilegitimidade constitucional da imposição e cobrança de direitos **antidumping**, antes da EC nº 42 de 19 de dezembro de 2.003.

Requeru, também, o sobrestamento do presente feito, até o julgamento definitivo pelo Poder Judiciário em face dos autos de Ação Declaratória cumulada com pedido de condenatório autuada sob nº 2004.00.002470-9, tendo como autora a Requerente e outras contra a União Federal, por entender que **"por se tratar de matéria constitucional, nenhuma cobrança de valores a título de direitos **antidumping** com base na Portaria Interministerial nº 11 de 22 de julho de 1.999 será legítima."**

Por fim, requereu a produção de todo o tipo de provas admitidos, sobretudo a apresentação de laudos, com a conversão em diligência, se a d. autoridade julgadora entender necessário.

A 2ª Turma de Julgamento da DRJ/SPOII, ao apreciar a presente Impugnação (fls. 302/309), por **unanimidade de votos**, julgou **PROCEDENTE EM PARTE o lançamento**, para fins de excluir a multa de ofício lançada e dos créditos decorrentes das declarações de importação nº 04/0484889-8, 04/0484896-0 e 04/0484932-0, relativas aos produtos MAKROLON AL e MAKROLON KU1, ficando assentada a Ementa nos seguintes termos: *in verbis*:

*"Assunto: DIREITOS ANTIDUMPING, COMPENSATÓRIOS
OU DE SALVAGUARDAS COMERCIAIS*

*Data do fato gerador: 21/05/2004, 21/05/2004, 21/05/2004,
21/05/2004, 24/05/2004*

Ementa:

**CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO E
JUDICIAL.**

*Ação Declaratória. Não se toma conhecimento da impugnação
no tocante à matéria objeto de ação judicial. ADN Cosit n. 3/96.*

DIREITO ANTIDUMPING. ENQUADRAMENTO.

*Cabe ao Fisco apresentar elementos probantes que permitam
incluir o produto importado no escopo de incidência de norma
que cria direito antidumping.*

*A fiscalização não anexou ao auto de infração prova essencial
que sustentasse a imputação realizada.*

Lançamento Procedente em Parte."

No entendimento dos d. Julgadores (Voto) a ora Impugnante "...interpôs ação declaratória cumulada com pedido condenatório e postulando ainda antecipação dos efeitos de tutela, a fim de obter a liberação das mercadorias importadas sem o recolhimento do direito antidumping".

Por se tratar do mesmo objeto – processo administrativo e processo judicial -, qual seja, da exigibilidade do direito *antidumping* na importação, o que é confirmado pelo relatório da decisão de fls. 284/290 (despacho concessivo da liminar), entenderam os d. julgadores que deve-se aplicar a norma encartada no art. 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830/89, ao dispor que "a propositura, pelo contribuinte, de ação judicial com o mesmo objeto do processo administrativo, importa em renúncia à discussão na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto."

Assenta, ainda, que nesse sentido, foi expedido o ADN Cosit nº 3/96, que esclarece sua aplicabilidade (transcreve).

Assim sendo, por entender que "a coisa julgada a ser proferida no âmbito do Poder Judiciário jamais poderia ser alterada no processo administrativo, pois o procedimento

feriria a CF, que adota o princípio da unicidade da jurisdição", foi a razão de decidir no sentido de que "a propositura da referida ação judicial pelo interessado importou renúncia às instâncias administrativas, incluindo, assim, a apreciação do mérito do lançamento do imposto, objeto do presente processo".

De outra banda, a d. Turma Julgadora apreciou as demais teses apresentadas pela ora Recorrente, cujos argumentos jurídicos não estão abrangidos pelo instituto da concomitância, quais sejam: "a questão do lançamento de multa e a presença de mercadorias nas importações que não se enquadram no escopo da Portaria Interministerial nº 11, de 22 de julho de 1.999".

No tocante à multa lançada, esclareceu o v. acórdão objurgado, "que não se trata de multa de mora, esta limitada a 20%, mas sim multa de ofício de 75%, nos termos do art. 7º, § 3º, inciso II da Lei nº 9.019/95 com a redação dada pelo art. 79 da Lei nº 10.833/03".

Por dever de síntese, remeto às fls. 305, *in fine* e 306, *ab initio*, onde se encontra sua transcrição.

Entrementes, reconhecendo que o lançamento da multa de ofício e também a multa de mora teve o fim precípuo de prevenir a decadência, entendeu a d. Turma Julgadora, em aplicar a norma encartada no art. 63 da Lei nº 9.430/96, que veda tal pretensão.

De igual modo, remeto às fls. 306, cuja transcrição se procedeu.

Assim sendo, verificou-se que "a decisão que suspendeu a exigibilidade do direito **antidumping** é de 02/02/04, conforme fl. 290, e que a ciência do auto de infração ocorreu apenas em 01/07/04, conforme fl. 193, não poderia a fiscalização ter lançado a multa de ofício no presente auto de infração. Logo, improcedente a autuação neste ponto." (grifos no original)

Ato contínuo, ao analisar a tese apresentada pela Impugnante no sentido de que alguns produtos importados, na hipótese, MAKROLON AL e MAKROLON KU1, não estariam alcançados pela Portaria Interministerial nº 11, de 22 de julho de 1.999, a d. Turma Julgadora, ao apreciar referida norma e seu Anexo (fls. 279/280), reconheceu a procedência das alegações expendidas pela ora Impugnante.

Assentou a d. Turma Julgadora, que "em relação ao produto MAKROLON AL, as próprias descrições do mesmo nas declarações de importação já o descreviam como "RESINA DE POLICARBONATO GRAU OTICO". A impugnante reafirma essa característica através da apresentação de vários dados técnicos relativos ao produto. Desta forma, estaria tal produto excluído da Portaria, pela alínea "c" do Anexo", cuja transcrição encontra-se encartada às fls. 307.

Com efeito, por não ter a fiscalização apresentado qualquer elemento de prova além da descrição do produto nas declarações de importação para sustentar a exigência do direito **antidumping**, conforme determina expressamente o artigo 9º, *caput*, do Decreto nº 70.235/1972 (PAF), entendeu o v. acórdão ora atacado, que "A fiscalização deveria apresentar provas concretas que deixassem claro que todos os produtos autuados estavam sujeitos ao direito **antidumping**, o que poderia ser feito através de laudo técnico, ou qualquer outro meio de prova aceito".

Portanto, por não estar provado por parte da autoridade fiscal de forma clara as características da mercadoria que justificam a adoção do direito **antidumping**, outra solução não resta senão a de reconhecer que assiste razão à Impugnante, não obstante "a ressalva da

possibilidade de novo lançamento fiscal dentro do prazo decadencial de constituição do crédito tributário."

O mesmo ocorre, no entender da d. Turma Julgadora, em relação ao produto MAKROLOM KU1, onde novamente a fiscalização não apresentou outros elementos de prova que sustentassem o enquadramento deste produto na Portaria em referência.

Portanto, de igual forma, decidiu-se pela improcedência da autuação em face do produto MAKROLOM KU1.

Como se vê do r. *decisum*, votou-se pela **parcial procedência** do presente auto de infração, excluindo-se a multa de ofício lançada e dos créditos decorrentes das declarações de importação nº 04/0484889-8, 04/0484896-0 e 04/0484932-0, relativas aos produtos MAKROLOM AL e MAKROLOM KU1, mantendo-se a autuação com relação às declarações de importação de nº 04/0484924-0 e 04/0490253-1.

Devidamente intimada da decisão (fls. 310), a empresa BAYER S/A interpôs, tempestivamente, **recurso voluntário** (fls. 321/331), aduzindo, em síntese:

1. *Em sede de preliminar, sustenta ter havido cerceamento de defesa por parte da d. DRJ por não ter enfrentado todas as teses apresentadas pela ora Recorrente;*
2. *Sustenta ser incabível a constituição de crédito tributário para prevenir decadência quando há depósito judicial;*
3. *Da inaplicabilidade da multa de ofício nas DI's nºs 04/0484924-0 e 04/0490253-1, em vista de que a própria autoridade julgadora entendeu ser improcedente a presente autuação com o fim de prevenir a decadência; e*

Dessa forma, pugna pela reforma da decisão a fim de afastar a incidência de multa de ofício no lançamento questionado, corrigindo a contradição cometida pelo i. Julgador e para anular o lançamento em virtude do não cabimento da constituição do crédito tributário para prevenir a decadência quando há depósitos judiciais.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Heroldes Barh Neto, Relator

Conheço do presente recurso posto que satisfeitos os requisitos viabilizadores de sua admissibilidade.

Da análise das questões de fato e de direito trazidos à apreciação, quer por parte da d. DRJ-SPOII, quer por parte da ora Recorrente, quero me fazer ~~crer~~ crer que não cabe maiores digressões para a solução da presente *vexata quaestio*.

Das questões postas á discussão, entendo que apenas a preliminar argüida pela Recorrente é digna de apreciação.

Sustenta a Recorrente que houve **cerceamento de defesa** por parte da d. DRJ-SPOII, em vista de que o v. acórdão recorrido assentou que, *"por se tratar do presente processo administrativo e a ação declaratória cumulada com pedido condenatório e postulando ainda antecipação de tutela, a fim de obter a liberação das mercadorias importadas sem o recolhimento do direito antidumping, de mesmo objeto"* é vedada à Administração Pública sua apreciação, posto que qualquer decisão nesta seara não se sobreporá a uma futura decisão judicial que venha a contrariá-la.

Ora, não obstante tenha sido cassada a liminar concedida pelo MM. Juízo da 13ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo que determinou a liberação das mercadorias sem o recolhimento do tributo incidente sobre o direito *antidumping* pretendido pela Fazenda por parte do e. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, nenhum indicativo há de qual será a decisão de mérito a ser proferida.

Entrementes, por ter havido resistência por parte da ora Recorrente, em desfavor da Fazenda Nacional no tocante à exigência do recolhimento do direito *antidumping*, e tendo sido a via eleita o Poder Judiciário para dirimir a controvérsia, assiste inteira razão ao v. acórdão atacado, em eximir-se de apreciá-la sob o fundamento de haver concomitância sobre o objeto em discussão, qual seja: se devido ou não o tributo incidente sobre o direito *antidumping*.

Não é demais assentar, que os fundamentos adotados como razão de decidir pela d. DRJ-SPOII, não só há previsão legal para tanto – art. 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830/80, de cujo teor foi expedido o ADN Cosit nº 3/96, como também por ser o entendimento de há muito firmado por este c. Conselho de Contribuintes, que se trata de matéria sumulada, *verbis*:

"Súmula nº 5: Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura, pelo sujeito passivo, de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação de matéria distinta da constante do processo judicial." (DOUs de 11, 12 e 13/12/2006)

De qualquer sorte, como bem assentado pelo ora Recorrente, não obstante tenha havido o lançamento do crédito por parte da d. Autoridade Fazendária, nenhum prejuízo dela decorre à ora Recorrente, posto que o mesmo encontra-se suspenso em vista dos depósitos judiciais por ela levados à efeito.

Bem de ver, que a alegada contradição existente no v. acórdão sustentada pela ora Recorrente, no sentido de que *"a discussão no presente recurso se dá contra a alegação de incidência sobre a multa de mora em relação às DI's 04/0484924-0 e 04/0490253-1, tendo em vista que os valores discutidos encontram-se com a exigibilidade suspensa em decorrência do depósito dos valores em discussão, nos autos do processo judicial, o que de acordo com o artigo 63 da Lei nº 9.430/96, bem como ante ao não cabimento da constituição do crédito tributário para prevenir a decadência quando há depósito judicial"*, não subsiste.

Para tanto, basta uma simples leitura no v. acórdão objurgado, que se verificará que a multa a que se refere a empresa Recorrente, qual seja, a de ofício de 75% não está sendo exigida, a teor do que prescreve a norma trazida à colação por ambas as partes: artigo 63, § 2º, da Lei nº 9.430/96.

Na esteira de um raciocínio lógico, a tese esboçada pela ora Recorrente, no sentido de que **não cabe a constituição do crédito tributário para prevenir decadência quando há depósito judicial**, é, ao meu juízo, despropositada, pois ela própria faz consignar em suas razões de recurso (fl. 328), após tecer digressões em torno dos fatos, que *"...Dessa forma, é necessário que a lei permita, nesses casos, a constituição do crédito tributário mesmo na vigência da medida judicial provisória, pois, caso isso não fosse possível, haveria o risco de que mesmo revogada a medida liminar a Fazenda não pudesse cobrar o tributo devido em razão da decadência."*

Entrementes, entende que *"tal risco não ocorre quando a exigibilidade é suspensa por depósitos judiciais, especialmente depois da entrada em vigor da Lei nº 9.703/98"*.

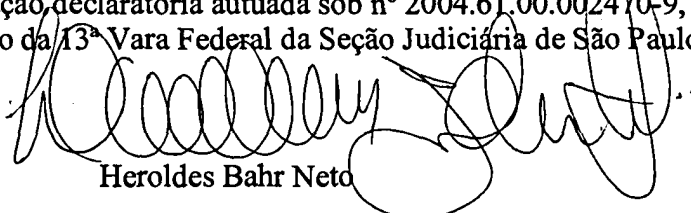
De qualquer sorte, s.m.j., a tese esposada pela ora Requerente é de nenhum efeito prático, pois como a própria reconhece, por ter havido depósitos judiciais não só da contribuição incidente sobre o direito *antidumping* exigido pela d. Autoridade Fazendária atinente às DI's objeto de apreciação por parte do Poder Judiciário, como também das demais mercadorias importadas pelas DI's já reconhecidas pelo v. acórdão objurgado como indevidas as exigências encetadas pelo auto de infração impugnado a título de direito *antidumping*, encontram-se suspensas até a decisão final com trânsito em julgado.

Portanto, nenhuma ilegalidade há na constituição do crédito tributário levado a efeito pela d. Autoridade Fazendária atinente ao direito *antidumping* por si exigido, ainda que se encontre suspenso até a decisão em definitivo a ser proferida pelo Poder Judiciário.

Quanto à alegada **inaplicabilidade da multa de ofício nos lançamentos atinentes às DI's nº 04/0484924-0 e 04/0490253-1**, ficou sobejamente demonstrado pelo v. acórdão recorrido que a mesma foi **julgada totalmente improcedente**, devendo ser excluída do auto de infração.

Tanto é assim, que a própria DRJ-SPOIL, trouxe a colação (fl. 343) uma nova tabela com as devidas correções, ou seja, excluindo o lançamento de ofício.

Diante do exposto, voto no sentido de **NEGAR PROVIMENTO** ao Recurso Voluntário (ressalvando que já fora objeto de julgamento pela DRJ a multa de ofício referente ao auto de infração, com a suspensão da exigibilidade dos créditos relativos às DI's 04/0484924-0 e 04/0490253-1); devendo o processo ser encaminhado à unidade da SRFB de origem para aguardar o trânsito em julgado da decisão a ser proferida pelo Poder Judiciário nos autos de ação declaratória autuada sob nº 2004.61.00.002470-9, atualmente em trâmite junto ao MM. Juízo da 13ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo – SP.


Heroldes Bahr Neto