



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

Processo nº 10314.004484/2001-75
Recurso nº 138.985 De Ofício
Matéria II/CLASSIFICAÇÃO FISCAL
Acórdão nº 303-35.786
Sessão de 12 de novembro de 2008
Recorrente DRJ-SÃO PAULO/SP
Interessado WACKER MÁQUINAS LTDA

ASSUNTO: CLASSIFICAÇÃO DE MERCADORIAS

Período de apuração: 22/01/1997 a 09/08/2001

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL.
CONCOMITÂNCIA.

Existe concomitância quando no processo administrativo se discute o mesmo objeto da ação judicial, hipótese em que a autoridade administrativa julgadora não deve conhecer o mérito do litígio, pois a propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda Nacional, de ação judicial com o mesmo objeto, importa desistência do processo na esfera administrativa.

Processo administrativo fiscal. Matéria sob consulta. Lançamento do crédito tributário.

É vedada a instauração de procedimento fiscal contra o sujeito passivo da obrigação tributária relativo à matéria consultada, enquanto não decorridos trinta dias da data da ciência da solução definitiva da consulta pelo consulente.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da terceira câmara do terceiro conselho de contribuintes, por maioria de votos, dar provimento ao recurso de ofício quanto ao lançamento relativo as cento e trinta e oito declarações de importação registradas antes da apresentação da consulta, vencidas as Conselheira Nanci Gama e Vanessa Albuquerque Valente, que negaram provimento. Por maioria de votos, negar provimento ao recurso de ofício quanto ao lançamento relativo as duas declarações de importação registradas após a apresentação da consulta, vencidos os Conselheiros Celso Lopes Pereira Neto, Relator, Nilton Luiz Bartoli e Heroldes Bahr Neto, que deram provimento. Designado para redigir o voto o Conselheiro Tarásio Campelo Borges.


ANELISE DAUDT PRIETO
Presidente


TARÁSIO CAMPELO BORGES
Redator

Participou, ainda, do presente julgamento, o Conselheiro Luis Marcelo Guerra de Castro.



Relatório

Cuida-se de Recurso de Ofício contra decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo II – DRJ/SPOII, através do Acórdão nº 17-17.964, de 20 de abril de 2007.

Por bem descrever os fatos, adoto parcialmente o relatório componente da decisão recorrida, de fls. 1898/1899, que transcrevo, a seguir:

A empresa acima qualificada importou uma série de equipamentos mediante as 140 DI's listadas às folhas 02 a 08, classificando-os na posição 8429.40.00 referente à "Compactadores e rolos ou cilindros autopropulsados".

A fiscalização, com base nos catálogos às folhas 99 a 112, nas NESH e na TEC, entendeu que todos os equipamentos importados são de uso manual, motivo pelo qual foram reclassificados para a posição 8467.89.00 referente à "Outras ferramentas pneumáticas, hidráulicas ou com motor (elétrico ou não elétrico), incorporado, de uso manual".

Em sua impugnação, às folhas 131 a 180, a interessada alega, em suma, que:

1 – relativamente à DI 98/1192079-6, de 26/11/1998, houve o recolhimento do IPI no valor de R\$ 568,91. Desta forma, o valor devido deveria ser de R\$ 341,34 e não R\$ 910,25, conforme propôs a fiscalização;

2 – o valor tributável relativo à DI 01/0110271-7 está errado. O valor correto é de R\$ 9.029,72 e não R\$ 902.972,34 conforme disposto no auto de infração;

3 – é nulo o auto de infração nos termos do artigo 48 do Decreto 70.235/72, uma vez que a interessada encontrava-se sob procedimento de consulta relativa às mesmas mercadorias objeto da autuação;

4 – os processos de consulta foram protocolados em 16 e 24 de julho de 2001 e o auto de infração foi cientificado à interessada em 21/11/2001;

5 – descreve os detalhes e o funcionamento dos compactadores de percussão, de placa vibratória e dos rolos compactadores;

6 – segue explicando o conceito de ferramentas de uso manual nas NESH da posição 8467 e procura demonstrar que as máquinas objeto da autuação não se enquadram nas disposições ali previstas;

7 – ressalta que as máquinas não podem ser sustentadas a mão durante sua utilização, até mesmo por contrariar as disposições da legislação do trabalho previstas na CLT;

8 – também cita as disposições da NESH quanto ao termo “autopropulsão” e considera que os equipamentos importados devam ser incluídos na posição 8429 em razão de terem sido concebidas para o setor industrial ali definido;

9 – requer perícia indicando os quesitos a serem respondidos e os peritos que devem acompanhar o procedimento.

Em Ofício à DRF Jundiaí, a PGFN informou que a interessada havia ingressado com ação judicial referente ao mesmo assunto e às mesmas DI's objeto do presente auto de infração, indicando o prejuízo do enfrentamento da situação na esfera administrativa.

Em razão disto, esta DRJ baixou o presente processo em diligência para que fossem anexadas as cópias das petições iniciais dos processos judiciais mencionados pela PGFN.

Depois de analisados os méritos dos pedidos, esta DRJ achou por bem solicitar à repartição de origem que se manifestasse acerca do pagamento informado pela interessada em sua impugnação, bem como, anexasse cópias das DI's em questão para que se pudesse conhecer a descrição precisa dos equipamentos autuados.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento São Paulo II considerou improcedente o lançamento efetuado, através do referido Acórdão, cuja ementa transcrevemos, *verbis*:

ASSUNTO: CLASSIFICAÇÃO DE MERCADORIAS

Período de apuração: 22/01/1997 a 09/08/2001

Nenhum procedimento fiscal será instaurado contra o sujeito passivo relativamente à espécie consultada, a partir da apresentação da consulta até o trigésimo dia subsequente à data da ciência, nos termos do artigo 48 do Decreto 70.235/72.

O auto de infração deve ser instruído com todos os elementos de prova. Improcede o reenquadramento de produto na NCM, se desacompanhado de prova técnica que permita o conhecimento de suas características merceológicas

Lançamento Improcedente.

Na decisão *a quo*, a DRJ entendeu, a princípio, que a recorrente tinha levado ao conhecimento do Poder Judiciário o mérito da classificação referente aos equipamentos importados e, em consequência, não se deveria conhecer de sua impugnação em razão de sua desistência da via administrativa

Mas, o fato de que, quando da ciência do lançamento, o contribuinte encontrava-se sob procedimento de consulta levaria à declaração, de ofício, da nulidade do auto de


4

infração, relativamente aos equipamentos objeto de consulta, ante o princípio da verdade material que regula o processo administrativo fiscal.

Em relação aos modelos de equipamentos que não estavam sob procedimento de consulta, analisou o mérito da questão e entendeu que o auto de infração baseou-se exclusivamente nos catálogos técnicos e nos textos das NESH e da TEC, sem que nenhum laudo técnico tenha sido realizado.

Concluiu pela ausência de prova das características merceológicas do produto importado o que impediria que fosse apreciado o cabimento do enquadramento tarifário imputado pela autoridade aduaneira.

O lançamento, portanto, violaria o disposto no artigo 9º do Decreto 70.235/1972, em face da falta de provas.

Como consequência desse entendimento, a DRJ conheceu da impugnação e exonerou em sua totalidade o crédito tributário lançado.

Desta decisão, recorreu de ofício a este Terceiro Conselho de Contribuintes, nos termos do inciso I, do art. 34, do Decreto 70.235/72, com redação dada pelo art. 1o. da Lei 8.748/93, combinado com o art. 3o. deste mesmo diploma legal, por ser o Crédito Tributário exonerado superior ao limite de alçada previsto no artigo 2º da Portaria MF nº 375/2001.

É o relatório.



Voto Vencido

Conselheiro CELSO LOPES PEREIRA NETO, Relator

A Colenda 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento São Paulo II julgou improcedente o lançamento efetuado através do auto de infração de que trata o presente processo, por dois motivos:

1- considerou nulo o lançamento relativo aos equipamentos que se encontravam sob consulta, independentemente do mérito da autuação estar correto ou não.

2- em relação aos equipamentos que não se encontravam sob consulta, considerou que, sendo ônus da autoridade fiscal provar que o produto apresentaria as características merceológicas que ensejam seu enquadramento no código eleito e, no caso concreto, a ausência de prova das características merceológicas do produto importado impediria que fosse apreciado o cabimento do enquadramento tarifário imputado pela autoridade aduaneira, concluiu que o lançamento, portanto, violaria o disposto no artigo 9º do Decreto 70.235/1972, em face da falta de provas.

Em ambas as situações, considerou irrelevante o fato de que a discussão do mérito foi levada ao Poder Judiciário, uma vez que a conseqüente desistência da via administrativa não poderia, no seu entender, resultar na manutenção de uma autuação que seria claramente nula.

Cabe-nos analisar se a consulta formulada pela recorrente tem os efeitos que lhe atribuiu a decisão recorrida. O Código Tributário Nacional estabelece, em seu art. 161, alguns desses efeitos, *verbis*:

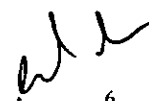
"Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica na pendência de consulta formulada pelo devedor dentro do prazo legal para pagamento do crédito." (grifei)

Ou seja, se a consulta for feita antes de vencer o prazo para pagamento do crédito e a solução da mesma ocorrer depois de vencido aquele prazo, o devedor não estará sujeito a juros de mora ou penalidades que, normalmente, incidem sobre pagamentos feitos após o vencimento do crédito.

Já os arts. 48 e 49 do Decreto 70.235/72 (PAF) estabelecem, em relação ao processo de consulta, que:



“Art. 48. Salvo o disposto no artigo seguinte, nenhum procedimento fiscal será instaurado contra o sujeito passivo relativamente à espécie consultada, a partir da apresentação da consulta até o trigésimo dia subsequente à data da ciência:

I - de decisão de primeira instância da qual não haja sido interposto recurso;

II - de decisão de segunda instância.

Art. 49. A consulta não suspende o prazo para recolhimento de tributo, retido na fonte ou autolancado antes ou depois de sua apresentação, nem o prazo para apresentação de declaração de rendimentos.

O processo de consulta, relativo a parte dos equipamentos importados pela recorrente, classificando-os na posição 8429.40.00 e para os quais a fiscalização considerou correta a classificação na posição 8467.89.00, foi solucionado em 30 de outubro de 2001.

A solução de consulta decidiu no sentido de que a classificação correta seria aquela que foi adotada pela fiscalização, ou seja, 8467.89.00.

Foi lavrado, então, auto de infração, cuja ciência, pelo contribuinte, ocorreu em 21 de novembro de 2001, portanto, antes de decorridos trinta dias da data da ciência da solução de consulta, mesmo que essa tenha ocorrido no próprio dia 30 de outubro de 2001.

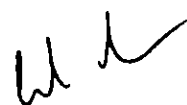
A questão a ser decidida é se esse auto de infração seria nulo ou “improcedente por nulidade” como decidiu a DRJ/ São Paulo II e também se o fato de a matéria encontrar-se *sub judice* teria influência sobre a decisão administrativa.

O primeiro ponto a ressaltar é que, das 140 (cento e quarenta) Declarações de Importação – DIs, objeto do presente auto de infração, 138 (cento e trinta e oito) foram registradas e desembaraçadas antes da apresentação da consulta pela recorrente.

Apenas duas, as DIs de nºs 01/0790761-0/001 (registro: 09/08/2001, desembaraço: 10/08/2001) e 01/0807889-7/001 (registro: 14/08/2001, desembaraço: 16/08/2001), tiveram seu registro e desembaraço ocorrido no período que vai da apresentação da consulta até trinta dias após sua solução.

Analisando a regra disposta no art. 161, § 2º do CTN, parece-me claro que o objetivo foi possibilitar ao sujeito passivo, diante de dúvida razoável, decorrente ou de omissão ou de obscuridade ou mesmo contradição da legislação tributária, aí incluídas as dúvidas relativas à classificação de mercadorias, conforme dispõe o art. 50 da Lei nº 9.430/96, que provoque incerteza sobre o correto adimplemento da obrigação tributária, não seja penalizado com a incidência de juros e multa, enquanto não for sanada sua dúvida.

O citado dispositivo do CTN, art. 161, § 2º, deixa claro, porém, que esses efeitos, nele previstos, somente ocorrerão se a consulta ocorrer dentro do prazo legal para pagamento do crédito.



Portanto, a consequência prática da pendência da consulta seria a suspensão da exigibilidade do crédito tributário cujo prazo legal para pagamento não tivesse vencido, à época da apresentação da consulta.

Se não fosse este o entendimento, chegaríamos a situações em que, por exemplo, o contribuinte realizasse importações por um período de quase 5 (cinco) anos, sem externar nenhuma dúvida quanto à classificação das mercadorias importadas e, às vésperas de decair o direito da Fazenda Pública lançar a diferença decorrente de uma incorreção na classificação utilizada, apresentasse uma consulta bloqueando, assim, qualquer ação do Fisco e levando, inexoravelmente, à decadência do crédito tributário.

Ora, nem mesmo decisões judiciais que suspendem a exigibilidade do crédito, a exemplo de liminares concedidas em mandados de segurança ou tutela antecipada em qualquer tipo de ação judicial, têm o condão de impedir o lançamento que, se não ocorrer, implicará decadência do crédito.

Apenas a título de argumentação, os juros e multa que incidiram sobre as importações correspondentes às 02 (duas) Declarações de Importação registradas após a apresentação da consulta à Receita Federal poderiam ser considerados indevidos, se a recorrente houvesse pago a diferença de tributos no prazo de trinta dias após a ciência da solução de consulta que lhe foi desfavorável.

Mas não foi isso que aconteceu no presente caso. A recorrente, frente à solução de consulta que lhe foi desfavorável, recorreu ao Poder Judiciário para continuar utilizando a classificação fiscal que usou nas 140 DIs.

Portanto, a outra questão a ser considerada é: mesmo que, só para argumentar, a consulta efetuada pela recorrente tivesse esse efeito de bloquear qualquer ação do Fisco em relação a obrigações tributárias cujos fatos geradores ocorreram antes de sua apresentação (da consulta) e cujos créditos também já haviam vencido, o fato é que a recorrente levou ao conhecimento do Poder Judiciário o mérito da classificação referente aos equipamentos importados.

Que a ação judicial intentada versa sobre a mesma matéria, objeto do presente processo administrativo, não resta nenhuma dúvida. A diferença de tributos, e consequentes juros e multa, foram lançados através do auto de infração por causa da classificação das mercadorias na NCM, utilizada pela recorrente e é justamente essa classificação que foi levada à apreciação do judiciário.

O pedido inicial, na Medida Cautelar Inominada nº 2001.61.05.011325-7 (3ª Vara Cível Campinas), protocolada em 17/12/2001 diz que as consultas decidiram pela classificação 84.67.89.00. (vide fls. 438 e fls. 461/480 e fls. 584/643).

E certidão, juntada às fls. 461, diz que a recorrente, através da ação judicial, objetivou *“concessão de medida liminar para que possa continuar adotando, para efeito de classificação fiscal de suas máquinas importadas, tanto nas operações de importação do exterior como nas operações do mercado interno, o código 84.29.40.00 da Tarifa Externa Comum – TEC e da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados, até decisão final da ação principal.*

Certifica também constar “*despacho deferindo parcialmente o pedido liminar, determinando que o Réu se abstenha de aplicar quaisquer penalidades com relação às importações passadas das mercadorias indicadas na inicial, desde 1996, até decisão final da ação principal a ser intentada.*”(grifei)

Ora, as Declarações de Importação, que foram objeto do presente auto de infração, são do período de 22/01/1997 a 09/08/2001, restando caracterizada, portanto, a concomitância de análise da matéria pelo judiciário e pela administração tributária.

Em relação aos equipamentos, cujo lançamento a DRJ considerou improcedente por insuficiência de provas, os mesmos não estavam sob processo de consulta administrativa mas tinham sua classificação fiscal submetida ao crivo do judiciário, conforme se pode perceber por cópias dos autos do processo judicial, juntadas às fls. 464, 465, 501, 598 e 601, do presente processo administrativo, o que caracteriza a desistência da via administrativa e o mérito da autuação não poderia ter sido analisado pelos julgadores de primeira instância.

Em relação aos equipamentos, cuja classificação fiscal havia sido submetida a consulta, entendo que esta (consulta) não tem os efeitos considerados pela DRJ e o lançamento, mesmo em relação às duas DIs registradas no período em que estava pendente a consulta, tornou-se definitivo no âmbito administrativo, pela desistência da via administrativa, efetivada pela empresa ao recorrer ao judiciário sobre a mesma matéria.

De fato, como o objeto da ação judicial intentada pela recorrente compreende o do auto de infração em tela, impõe-se o reconhecimento da renúncia tácita às instâncias administrativas, por concomitância de matérias, o que afasta o pronunciamento dos órgãos julgadores administrativos, em face do princípio da unicidade de jurisdição, insculpido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal

Nesse sentido, prescreve o Ato Declaratório Normativo Cosit n.º 3, de 14 de fevereiro de 1996:

“(…)

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; (g.n.)

b) conseqüentemente, quando diferentes os objetos do processo judicial e do processo administrativo, este terá prosseguimento normal no que se relaciona à matéria diferenciada (...);

c) no caso da letra ‘a’, a autoridade dirigente do órgão onde se encontra o processo não conhecerá de eventual petição do contribuinte, proferindo decisão formal, declaratória da definitividade da exigência discutida ou da decisão recorrida, se for o caso, encaminhando o processo para a cobrança do débito, ressalvada a eventual aplicação do disposto no art. 149 do CTN;

d) na hipótese da alínea anterior, não se verificando a ressalva ali contida, proceder-se-á à inscrição em dívida ativa, deixando-

W H
9

se de fazê-lo, para aguardar o pronunciamento judicial, somente quando demonstrada a ocorrência do disposto nos incisos II (depósito do montante integral do débito) ou IV (concessão de medida liminar em mandado de segurança), do art.151, do CNT;

e) é irrelevante, na espécie, que o processo tenha sido extinto, no Judiciário, sem julgamento do mérito (art.267 do CPC)."

À época do julgamento de primeira instância, já estava em curso ação judicial intentada pela recorrente, cujo objeto compreendia o do auto de infração em tela, impondo-se o reconhecimento da renúncia tácita às instâncias administrativas, por concomitância de matérias, o que afastava o pronunciamento dos órgãos julgadores administrativos, de forma que a DRJ não deveria ter conhecido da impugnação e sim considerado o lançamento definitivo na esfera administrativa.

Diante do exposto, voto por DAR PROVIMENTO AO RECURSO DE OFÍCIO, para reformar a decisão de primeira instância e considerar o crédito tributário, lançado através do auto de infração objeto do presente processo, definitivamente constituído.

Sala das Sessões, em 12 de novembro de 2008



CELSON LOPES PEREIRA NETO – Relator

Voto Vencedor

Conselheiro TARÁSIO CAMPELO BORGES, Redator

Conheço do recurso voluntário, porque tempestivo e atendidos os demais pressupostos processuais.

Do voto proferido pelo eminente relator, conselheiro Celso Lopes Pereira Neto, discordo das conclusões inerentes à exigência do crédito tributário vinculado às duas declarações de importação (DI)¹ registradas e desembaraçadas no período compreendido entre a formalização da consulta e a sua solução².

Nesse particular, entendo irreparáveis os fundamentos do acórdão recorrido, porquanto o lançamento do crédito tributário³ alcança matéria objeto de consulta sem observância da restrição imposta pelo artigo 48 do Decreto 70.235, de 6 de março de 1972, *verbis*:

Art. 48. Salvo o disposto no artigo seguinte [4], nenhum procedimento fiscal será instaurado contra o sujeito passivo relativamente à espécie consultada, a partir da apresentação da consulta até o trigésimo dia subsequente à data da ciência:

I - de decisão de primeira instância da qual não haja sido interposto recurso;

II - de decisão de segunda instância.

¹ DI 01/0790761-0/001: registro em 09 de agosto de 2001 e desembaraço em 10 de agosto de 2001.
DI 01/0807889-7/001: registro em 14 de agosto de 2001 e desembaraço em 16 de agosto de 2001.

² Consulta protocolizada em julho de 2001 e solucionada em 30 de outubro de 2001.

³ Crédito tributário lançado em 21 de novembro de 2001.

⁴ Decreto 70.235, de 1972, artigo 49: A consulta não suspende o prazo para recolhimento de tributo, retido na fonte ou autolancado antes ou depois de sua apresentação, nem o prazo para apresentação de declaração de rendimentos.



Com essas considerações, nego provimento ao recurso *ex officio* no que respeita à exigência do crédito tributário vinculado às importações levadas a efeito por intermédio das Declarações de números 01/0790761-0/001 e 01/0807889-7/001.

Sala das Sessões, em 12 de novembro de 2008


TARÁSIO CAMPÊLO BORGES - Redator

