



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

Processo nº 10711.002914/2005-65
Recurso nº 340.854 Voluntário
Acórdão nº 3102-00.574 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 03 de fevereiro de 2010
Matéria II/IIPI - FALTA DE RECOLHIMENTO
Recorrente UNIDADE DE HEMODINÂMICA DE MACAÉ LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 23/11/2001

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.

LANÇAMENTO DE TRIBUTO COM EXIGIBILIDADE NÃO SUSPENSA. CABIMENTO DA MULTA DE OFÍCIO.

Lançamento efetuado após denegado o mandado de segurança pela sentença, que tornou sem efeito a liminar concedida, e sem a presença de outra hipótese de suspensão de exigibilidade do crédito, não tem impedimento legal para a exigência da multa de ofício.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso voluntário e, na parte conhecida, em negar provimento ao recurso.

Luís Marcelo Guerra de Castro - Presidente

Celso Lopes Pereira Neto - Relator

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Luis Marcelo Guerra de Castro, José Fernandes do Nascimento, Celso Lopes Pereira Neto, Nanci Gama, Beatriz Veríssimo de Sena e Nilton Luiz Bartoli.

Relatório

Cuida-se de Recurso Voluntário contra decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Florianópolis – DRJ/FNS, através do Acórdão nº 07-10.871, de 28 de setembro de 2007.

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório componente da decisão recorrida, de fls. 176v/177, que transcrevo a seguir:

“Trata o presente processo do Auto de Infração de fls. 01 a 05 por meio do qual são feitas as exigências de R\$ 45.115,70 (quarenta e cinco mil cento e quinze reais e setenta centavos) de Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), R\$ 33.836,78 (trinta e três mil oitocentos e trinta e seis reais e setenta e oito centavos) de multa de lançamento de ofício do IPI, no percentual de 75% (setenta e cinco por cento) do imposto devido, nos termos do art. 80, caput, da Lei no 4.502 de 30/11/1964 - DOU 30/11/1964 ret em 31/12/1964 e juros de mora.

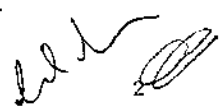
Conforme consta na Descrição dos Fatos e Enquadramentos Legais de fls. 02/03 o motivo das exigências foi o fato de na importação referente a DI no 01/1144774-1, registrada em 23/11/2001 (fls. 21 a 24), a importadora haver se valido da impetração do Mandado de Segurança no 2001.51.01.020490-0 (fls. 10 a 19) perante a 19ª Vara da Justiça Federal do Rio de Janeiro para não recolher o IPI e ICMS referente à importação em questão.

Em 29/04/2002 a MM Juíza da Vara Federal em questão exarou a Sentença de fls. 17 a 19 por meio da qual concedeu em parte a segurança pleiteada apenas relativamente ao não recolhimento do ICMS. A AFRF Daisy da Silva Gonçalves lavrou o Auto de Infração que ora se analisa.

Lavrado o auto de infração em tela foi exarado Despacho Decisório sobre a parte já discutida no Poder Judiciário (fl. 123) e intimada a firma em 28/09/2005 (fl. 124-verso) em 13/10/2005 ela ingressou com a impugnação de fls. 126 a 140. Foi exarada a Decisão de fls. 166/167 encaminhando-se o processo a esta DRJ. O processo foi desdobrado de acordo com a Representação de fl. 171.

Na impugnação de fls. 126 a 140 a peticionária alega em síntese:

- o processo administrativo deverá ficar sobrestado até a notícia do trânsito em julgado da ação judicial (apresenta sua tese citando Sacha Calmon Navarro Coelho às fls. 129/130);



- o IPI não incide sobre a importação em questão (não há que se relatar essa parte da impugnação haja vista que não se aprecia em sede de julgamento administrativo matéria já levada à apreciação do Poder Judiciário);

- a fiscalização não pode exigir juros de mora equivalentes às taxas financeiras – juros com base na SELIC (defende sua tese com base na Constituição Federal).

Pede o sobrestamento do feito até o trânsito em julgado do Mandado de Segurança no 2001.51.01.020490-0, a homologação do desembaraço aduaneiro sem o pagamento do IPI, ou, alternativamente, a exclusão da multa, pelo fato de a petionária dispor de 30 (trinta dias) após a decisão judicial para proceder ao pagamento, nos termos da Lei no 9.430/1996. Pede, também, a limitação dos juros de mora ao percentual de 1% (um por cento)."

Os membros da 2ª Turma de Julgamento da DRJ/FLORIANÓPOLIS, por unanimidade de votos, consideraram o lançamento procedente através do referido Acórdão, cuja ementa transcrevemos, *verbis*:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 23/11/2001

AÇÃO JUDICIAL

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.

CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO PÓS SENTENÇA DENEGATÓRIA DA SEGURANÇA.

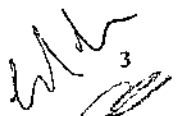
Lançamento efetuado após a sentença que julgou improcedente o writ, na parte tributária que compete à União - IPI, está livre de obstáculos judiciais, contra a sua exigência pela SRF, podendo ser procedido normalmente, haja vista que a apelação sobre mandado de segurança interposta pelo interessado, não tem efeito suspensivo, mas apenas devolutivo.

Lançamento Procedente"

Dessa decisão, a empresa apresentou recurso voluntário, de fls. 184/200, em que aduz, resumidamente, que:

- o processo administrativo deverá ficar sobrestado até a notícia do trânsito em julgado do Mandado de Segurança impetrado pela recorrente, visando à isenção do IPI e do ICMS que incidiriam na importação realizada;

- ao contrário do que tenta fazer crer o julgador de primeira instância, não há qualquer previsão legal para que o processo administrativo não seja julgado por haver contenda judicial dispondo sobre as mesmas questões;



- não sendo a recorrente contribuinte do IPI, nem de fato nem por equiparação legal, não há que se falar em incidência do IPI, por respeito ao princípio constitucional da não-cumulatividade, uma vez não seria capaz de compensar o imposto pago na entrada com o devido em operações posteriores;

- não podem ser exigidos juros de mora equivalentes às taxas financeiras – juros SELIC - por ser flagrantemente inconstitucional.

Requer, finalmente, que:

a) seja sobrestado o feito administrativo até o trânsito em julgado do Mandado de Segurança;

b) alternativamente, caso transite em julgado decisão desfavorável ao contribuinte, seja analisado o presente recurso, haja vista os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório;

c) seja homologado o desembaraço aduaneiro do equipamento importado sem o valor do IPI incidente na operação de importação;

d) caso não seja aceito o desembaraço aduaneiro sem a incidência do IPI, seja excluído do cálculo os valores relativos à multa, tendo em vista a suspensão da exigibilidade do crédito, decorrente de medida judicial;

e) excluídos ou não a multa citada no item anterior, sejam limitados os juros de mora em 1% ao mês, considerando por fim inaplicável a taxa Selic.

É o relatório.

Voto

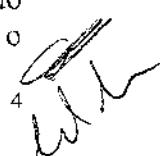
Conselheiro Celso Lopes Pereira Neto, Relator

Não consta dos autos o Aviso de Recebimento da intimação da decisão de primeira instância, que não teria retornado dos Correios, conforme despacho de fls. 216. Portanto, a intimação foi considerada recebida quinze dias após a data de sua expedição, que ocorreu (a expedição) em 22/10/2007, conforme documentos de fls. 182/183. Portanto, o recurso voluntário apresentado em 26/11/2007 (fls. 184v) é tempestivo.

Inicialmente, cabe ressaltar que, embora tenham sido trazidos, em sede de recurso voluntário, argumentos específicos sobre o direito de o contribuinte realizar sua importação sem que haja a incidência do IPI, tal assunto não será discutido nesta instância, como não o foi no julgamento *a quo*, uma vez que há concomitância, em relação a esta matéria, entre os processos em trâmite na via administrativa e na via judicial.

O objeto da ação judicial intentada pela recorrente, Mandado de Segurança nº 2001.51.01.020490-0 – 19ª Vara Federal/RJ, é justamente o reconhecimento de seu direito de não recolher o IPI relativamente à importação realizada.

A própria recorrente reconhece este fato quando requer o sobrestamento do processo administrativo até a notícia do trânsito em julgado do Mandado de Segurança impetrado, discordando, apenas, quanto aos efeitos da propositura de ação judicial dispondo sobre as mesmas questões pois, no seu entender, não há qualquer previsão legal para que o

4


processo administrativo não seja julgado por haver contenda judicial dispondo sobre a mesma matéria.

Dos autos, conclui-se que a recorrente obteve liminar favorável (fls. 100/102) à sua pretensão de não recolher o IPI, bem como de não apresentar o comprovante de pagamento do ICMS quando do despacho aduaneiro do equipamento de hemodinâmica e angiografia coberto pela LI nº 01/0971595-8 e DI nº 01/1144774-1.

Em sentença de primeira instância (fls. 103/106), de 29 de abril de 2002, concedeu-se apenas parcialmente a segurança pretendida, reconhecendo apenas o direito da recorrente à não comprovação de pagamento do ICMS.

O contribuinte apresentou Recurso de Apelação que foi recebido pelo TRF – 2ª Região, com efeito meramente devolutivo.

Em 27/05/2005, foi lavrado o presente auto de infração, do qual a recorrente tomou ciência em 09/06/2005 (AR – fls. 47), ocasião em que não vigorava qualquer hipótese de suspensão de exigibilidade do crédito tributário.

Posteriormente à lavratura do auto de infração, em 20/03/2007, o TRF – 2ª Região proferiu Acórdão (fls. 221/228) em que deu provimento ao recurso interposto pela empresa e à remessa necessária e negou provimento ao recurso da União Federal. Posteriormente, em 28/08/2007, negou provimento aos embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional (fls. 229/232).

Em consulta ao *site* do STJ (www.stj.jus.br), em 13/01/2010, verifica-se que o processo judicial encontra-se em fase de Recurso Especial, pendente de julgamento, conforme se transcreve a seguir:

PROCESSO :
REsp 1138092 UF: RJ REGISTRO: 2009/0084384-4
NÚMERO ÚNICO :-
RECURSO ESPECIAL VOLUMES: 1 APENSOS: 0
AUTUAÇÃO : 26/08/2009
RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL
RECORRIDO : UNIDADE HEMODINÂMICA DE MACAÉ LTDA
RELATOR(A) : Min. HAMILTON CARVALHIDO - PRIMEIRA TURMA
ASSUNTO : DIREITO TRIBUTÁRIO - Procedimentos Fiscais - Perdimento de Bens
LOCALIZAÇÃO : Entrada em GABINETE DO MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO em 02/09/2009
TIPO : Processo Eletrônico



** NÚMEROS DE ORIGEM*

200151010204900

** PARTES E ADVOGADOS*

RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL

ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA
FAZENDA NACIONAL - PR0000000

RECORRIDO : UNIDADE HEMODINÂMICA DE
MACAÉ LTDA

ADVOGADO : MURILO VOUZELLA DE
ANDRADE E OUTRO(S) - RJ091262

** PETIÇÕES*

Não há petições

** FASES*

01/09/2009 - 18:45 - CONCLUSÃO AO(A)
MINISTRO(A) RELATOR(A) - PELA SJD

01/09/2009 - 17:36 - PROCESSO DISTRIBUÍDO
AUTOMATICAMENTE EM 01/09/2009 - MINISTRO
HAMILTON CARVALHIDO - PRIMEIRA TURMA

02/07/2009 - 17:49 - PROCESSO REMETIDO
AO(A) TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2A REGIAO -
GUIA Nº 19448

02/07/2009 - 10:33 - AUTOS FÍSICOS
REMETIDOS AO SETOR DE BAIXA APÓS A SUA
DIGITALIZAÇÃO, PASSANDO O RECURSO ESPECIAL A
TRAMITAR, A PARTIR DESTA DATA, DE FORMA
ELETRÔNICA."

Impõe-se, portanto, em relação à incidência e consequente exigência do IPI na importação, o reconhecimento da renúncia tácita às instâncias administrativas, por concomitância de matérias, o que afasta o pronunciamento dos órgãos julgadores administrativos sobre o mérito da autuação, 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-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)."

Portanto, por entender que existe concomitância entre os processos administrativo e judicial, o que afasta o pronunciamento dos órgãos julgadores administrativos sobre o mérito da autuação, não há que se falar em sobrestamento do processo administrativo e sim em renúncia a ele, razão pela qual voto por não conhecer do recurso voluntário quanto ao crédito de IPI exigido.

Assim, discute-se, nesta instância, apenas as questões pertinentes ao lançamento da multa de ofício e dos juros de mora à taxa Selic.

Quanto à insurgência contra o lançamento da multa de ofício há que se observar que, no caso em tela, o auto de infração foi lavrado em 27/05/2005 (fl. 01) e o lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo em 09/06/2005 (AR – fls. 47), ou seja, quando já havia sido prolatada Sentença denegatória parcial da segurança (relativamente à pretensão da empresa de não recolher o IPI na importação), ficando sem efeito a liminar anteriormente concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária.

Assim, não estava em vigor a liminar, ou qualquer outro fato que suspendesse a exigibilidade do crédito e, conseqüentemente, impedisse a exigência da multa de lançamento de ofício.

Portanto, correto o lançamento da multa de ofício efetuado pela autoridade autuante, pois não se encontravam presentes as hipóteses previstas no art. 63 da Lei nº 9.430 de 27/12/1996, em que não caberia o lançamento de multa de ofício.

Finalmente, sobre a alegação da recorrente de que a exigência dos juros moratórios à taxa Selic é inconstitucional, entendo não ser este controle de constitucionalidade atribuição dos órgãos administrativos, mas sim do Poder Judiciário e, excepcionalmente, do Poder Legislativo.

Somente excepcionalmente, é autorizado à Administração Pública a negativa de vigência à lei. De acordo com o Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, "as decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação de texto constitucional, deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta". O que não se aplica às questões levantadas pela recorrente, pois a expressão

“de forma inequívoca e definitiva” segundo o Parecer PGFN/CRE/Nº 948/98 (item 4 “c”), corresponde a:

- decisão, mesmo que única, se a norma cuja inconstitucionalidade for ali declarada tenha sua execução suspensa por ato do Senado Federal;
- decisão Plenária transitada em julgado, ainda que única e mesmo quando decidida por maioria de votos, se nela foi expressamente conhecido e julgado o mérito da questão em tela.

Por sua vez, o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF dispõe, em seu art. 62, que:

“Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou

c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993.”

Finalmente, tal disposição foi incluída no art. 26-A do Decreto nº 70.235/72, pela Lei nº 11.941, de 2009, *verbis*:

“Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 1º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 2º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 3º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 4º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 5º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)



I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)”

As arguições feitas pela recorrente não se enquadram em nenhuma das hipóteses de exceção anteriormente citadas.

Finalmente, já se assentou, no âmbito deste Conselho, que as instâncias administrativas, de 1º ou 2º grau, carecem de competência para apreciar inconstitucionalidade de lei, de forma que não cabe a este Conselho julgar os incidentes de inconstitucionalidade levantados.

De todo o exposto, em resumo, voto por:

- a) NÃO CONHECER DO RECURSO VOLUNTÁRIO quanto à exigência do crédito relativo ao IPI, por concomitância entre as vias administrativa e judicial;
- b) na parte conhecida, ou seja, em relação às exigências da multa de ofício e dos juros de mora NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO.


Celso Lopes Pereira Neto