



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

PFN

Processo n°	10840.004184/97-18
Recurso n°	129.681 Voluntário
Matéria	CONCOMITÂNCIA PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL
Acórdão n°	301-33.331
Sessão de	08 de novembro de 2006
Recorrente	COOP. DE PROD. CANA, AÇUCAR E ÁLCOOL DO EST. DE SP LTDA. - COPERSUCAR
Recorrida	DRJ/RIBEIRÃO PRETO/SP

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 16/12/1992 a 31/12/1992

Ementa: NORMAS PROCESSUAIS. PRELIMINAR DE CONHECIMENTO. Para ser declarada, a concomitância há que existir no momento do julgamento, se desapareceu antes, não pode ser declarada, impondo-se o conhecimento da matéria impugnada.

Recurso provido para determinar o retorno do processo à DRJ de origem para exame do mérito.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da PRIMEIRA CÂMARA do TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, com retorno à DRJ para exame das demais matérias impugnadas, nos termos do voto da relatora.

OTACÍLIO DANTAS CARTAXO – Presidente



ATALINA RODRIGUES ALVES - Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros José Luiz Novo Rossari, Luiz Roberto Domingo, Valmar Fonsêca de Menezes, Susy Gomes Hoffmann, Irene Souza da Trindade Torres e Carlos Henrique Klaser Filho. Esteve presente o Procurador da Fazenda Nacional José Carlos Dourado Maciel. Fez sustentação oral o advogado Dr. Alberto Daudt de Oliveira, OAB/RJ 50.932.

Relatório

Trata o processo de lançamento de ofício, com a finalidade de prevenir a decadência, ou seja, com exigibilidade suspensa e sem lançamento da multa de ofício, nos termos do art. 63, da Lei nº 9.430/96.

Nos termos da “Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal” (fls. 13/15), a contribuinte teria promovido, na segunda quinzena de dezembro de 1992 a saída de produto tributado pelo IPI, qual seja, açúcar classificado na posição 1701.11.0100 da TIPI com alíquota de 18%, sem o lançamento deste tributo nas respectivas Notas Fiscais, procedimento este amparado em medida liminar concedida no processo judicial nº 92.0092870-6, no qual se discute a inconstitucionalidade da exigência do IPI sobre o açúcar.

Cientificada do lançamento, em 19/12/1997, a contribuinte apresentou a impugnação de fls.21/24, alegando, em síntese que:

1. Considerando a impossibilidade de discutir a matéria de fato pela via mandamental, ingressou com uma Ação Ordinária (Processo nº 96.0012650-0 – doc. de fls. 35/41), perante a 16ª Vara Federal em São Paulo, objetivando a declaração judicial de que os açúcares por ela comercializados, por terem grau de polarização superior a 99,5°, não estavam sujeitos à alíquota de 18%, por terem sua correta classificação na posição TIPI: 1701.99.9900. Alega, ainda, que no referido processo foi realizada prova pericial comprobatória de que suas cooperadas produzem apenas açúcares cristal com grau de polarização superior a 99,5°.

2. Paralelamente a esta demanda, promoveu uma Consulta à SRF visando obter da Administração declaração de conteúdo idêntico àquela objeto da pretensão judicial. A resposta da SRF, cópia às fls. 43/44, reconheceu que a correta classificação era a da posição 1701.99.9900, que sujeita o produto em questão à alíquota zero no IPI.

3. Em face do reconhecimento pela administração do direito da impugnante, requereu a extinção do processo de Ação Ordinária, sem julgamento do mérito, que, com a concordância expressa da União, conforme fl. 51, foi decretada pelo R. Juízo da 16ª Vara Federal, conforme cópia de fl. 54.

Conclui que a manutenção da autuação fiscal, ainda que com exigibilidade suspensa, implicaria em manifesta violação à decisão judicial proferida e pede o reconhecimento da improcedência do Auto de Infração.

A 2ª turma de Julgamento da DRJ/Ribeirão Preto – SP, não conheceu da impugnação, por meio do Acórdão nº 267, de 06/11/2001, cuja fundamentação base se encontra consubstanciada na sua ementa, *verbis*:

“CONCOMITÂNCIA ENTRE OS PROCESSO JUDICIAL E O ADMINISTRATIVO.

A propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou posteriormente à autuação,

mm

com o, mesmo objeto, importa renúncia às instâncias administrativas, sendo irrelevante que o processo tenha sido extinto, no Judiciário, sem julgamento de mérito.

Impugnação não Conhecida."

A decisão recorrida refutou, ainda, a alegação de que o resultado da consulta implicaria no reconhecimento da SRF de que todas as saídas promovidas pela contribuinte seriam de açúcar cristal com grau de polarização superior a 99,5°, classificado no código 1701.99.9900 da TIPI/88, sustentando que referida consulta alcançou somente amostras de 1997, não havendo qualquer identidade entre o açúcar saído na 2ª quinzena de 1992, objeto do lançamento de ofício, e as amostras objeto da consulta.

Cientificada do acórdão proferido, a contribuinte interpôs recurso voluntário a este Conselho de Contribuinte, no qual, em preliminar, alega, em síntese, que:

** a matéria discutida na esfera administrativa não guardaria qualquer relação com a matéria discutida nas ações judiciais em que questiona a constitucionalidade e a legalidade da exigência do IPI sobre as saídas de açúcar;*

** no que respeita à matéria de fato, ajuizou Ação Ordinária, processo n.º 96.0012650-0 (fls. 35/42), pleiteando o reconhecimento de que os açúcares por ela comercializados, por terem grau de polarização superior a 99,5 graus, não se sujeitavam ao IPI;*

** paralelamente, formulou Consulta junto à SRRF/8ª RF (fls. 45/80) sobre a classificação fiscal destes açúcares, cuja resposta foi no sentido de que, na vigência da TIPI/88, estavam sujeitos à alíquota zero,*

** em razão da decisão proferida no processo de Consulta, foi extinta a referida Ação Ordinária, bem como o Mandado de Segurança em que questionava a exigência do IPI relativamente às saídas de açúcar da 2ª quinzena de dezembro/92, com a concordância da PFN;*

** a autuação configura violação à coisa julgada, pois as decisões proferidas na Ação Ordinária e no Mandado de Segurança, teriam sido no sentido de que os mesmos resultavam prejudicados por força de fato superveniente – resposta dada à Consulta.*

No mérito, centra a sua defesa na alegação de que as saídas de açúcares objeto do lançamento eram tributadas à alíquota zero devido à sua classificação no código 1701.99.9900, conforme reconhecido no processo de Consulta. Sustenta que o Laudo do LABOR, que instruiu o processo de Consulta, bem como o laudo que instruiu a Ação Ordinária, são conclusivos no sentido de que, os açúcares comercializados pela recorrente sempre possuíram polarização superior a 99,5 graus, de modo que, até a edição do Decreto n.º 2.092/96, estavam sujeitos à alíquota zero de IPI.

Requer, ao final, que seja conhecido e provido o recurso para que, reformada a decisão recorrida, seja julgada improcedente ou anulada a ação fiscal para o fim de serem produzidas novas provas junto ao INT e ao Departamento de Tecnologia da UFRJ.

CSM/99

Em 28/02/2004, os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por meio da Resolução n.º 202-00.600 (fls. 202/204), declinou competência ao Terceiro Conselho de Contribuintes para julgamento do recurso, em razão da matéria.

Examinados os autos e, considerando a alegação da recorrente no sentido de que, no caso, não se configuraria concomitância, esta Câmara, por meio da Resolução n.º 301-1.577 (fls. 206/211) converteu o julgamento do recurso em diligência à repartição de origem, para que fosse providenciada, junto à contribuinte, a juntada aos autos das cópias da petição inicial e do inteiro teor das decisões proferidas no processo judicial n.º 92.0092870-6, bem como a respectiva "Certidão de Objeto e Pé" emitida pelo órgão judiciário competente.

Em atendimento à diligência solicitada foram trazidos aos autos os documentos de fls. 213 a 237.

Em 07/11/2006 foi apresentado aditamento ao recurso (fls. 244/251) e juntado aos autos cópia da sentença judicial proferida em primeira instância no processo n.º 92.0092870-6.

É o relatório.

mmg

Voto

Conselheira Atalina Rodrigues Alves, Relatora

O recurso preenche as condições de admissibilidade e dele tomo conhecimento.

A matéria de fundo do presente litígio versa sobre o IPI que seria devido em decorrência da classificação dos açúcares cujas saídas foram promovidas pela recorrente na 2ª quinzena de dezembro de 1992, para adquirentes sem direito ao crédito do imposto, conforme “*Demonstrativo de Apuração do IPI Sub Judice*”, às fls. 02/08.

Conforme consta do “Termo de Intimação” (fl. 13) as cópias de Notas Fiscais de Venda (fls. 19/20) indicariam que a contribuinte teria promovido as referidas saídas sem o respectivo lançamento do IPI, amparado em medida liminar concedida no processo n.º 92.0092870-6, no qual discutiria a ilegalidade e inconstitucionalidade do IPI sobre o açúcar e que, à época, a ação judicial estaria em fase de recurso no TRF da 3ª Região.

Considerando que o órgão colegiado julgador de 1ª instância não conheceu da matéria trazida a exame na impugnação, ao fundamento de que, no caso, configurar-se-ia a concomitância entre os processos judicial e administrativo, cumpre-nos, tão somente, examinar se, de fato, a matéria sob apreciação na esfera administrativa está sob o crivo do poder judiciário.

Segundo a recorrente, não haveria concomitância em razão da matéria diferenciada entre os feitos judiciais e este procedimento administrativo, que teriam causas de pedir distintas.

Examinando as peças relativas às ações judiciais, verifica-se que, de fato, o mandado de segurança impetrado aborda aspectos constitucionais ligados à intervenção do Estado no domínio econômico, tratamento desuniforme, princípio da essencialidade e incentivo regional. Ali não se discute a questão de classificação fiscal, em razão de não ser a via adequada para produção de provas e discussões sobre matéria de fato, motivo pelo qual foi ajuizada posteriormente ação ordinária visando a discussão acerca da classificação dos açúcares cujas saídas foram promovidas pela recorrente na 2ª quinzena de dezembro de 1992, para efeito de exigência do IPI.

Verifica-se, assim, que, realmente, não haveria concomitância entre este processo administrativo e o mandado de segurança.

Com relação à ação ordinária, de fato, nela se discute a questão da classificação fiscal em virtude do grau de polarização do açúcar, tendo a interessada, inclusive, solicitado nos autos a produção de perícia judicial, com vistas a comprovar suas alegações..

Portanto, em princípio, haveria concomitância entre o processo ordinário e este processo administrativo, o que acarretaria a impossibilidade de julgamento na esfera administrativa. Neste sentido, estaria correta a decisão da DRJ.

Ocorre que a recorrente trouxe aos autos provas de que desistiu dos pleitos judiciais e que esses se encontram encerrados por sentença, restando afastada a concomitância dos feitos. A sentença, às fls. 43, e a certidão, às fls. 44/45, não deixam dúvidas acerca da desistência das ações.

Ademais, bastaria a desistência da ação ordinária visto que o mandado de segurança não guardava identidade com o que ora se julga.

Handwritten signature

Cumpre-nos esclarecer que esta matéria já foi devidamente examinada pela Colenda Terceira Câmara deste Terceiro Conselho de Contribuintes, conforme acórdão n.º 303-32.705, proferido no recurso voluntário n.º 303-32705, também, interposto pela ora recorrente, no qual a questão foi brilhantemente tratada pelo ilustre Conselheiro Nilton Luiz Bártoli, relator do voto condutor, que adotamos como paradigma, e cuja conclusão acolho, *verbis*:

"(...) sem processo judicial não há como se falar em concomitância. Concomitância a quê? Como o próprio vocábulo sugere, há que existir pelo menos duas coisas ocorrendo simultaneamente para que ocorra a concomitância. E mais: a concomitância tem que existir no momento do julgamento para ser declarada. Se desapareceu antes, impossível de ser declarada, até mesmo pelo simples bom senso.

Aliás, também pelo simples bom senso, basta olhar a questão sob outro ângulo para, também, concluir pelo poder/dever da instância administrativa proferir seu julgamento sobre a matéria. A prevalecer a tese da decisão recorrida, o contribuinte ficaria sem qualquer prestação jurisdicional: na esfera judicial pela desistência em face da consulta e na esfera administrativa por omissão do Poder Executivo.

Observe-se que o contribuinte preferiu inicialmente socorrer-se do Poder Judicial, por meio do "mandamus" e da ação ordinária. Posteriormente foi buscar resposta aos seus anseios no Poder Executivo através do instituto da consulta.

Interveio, então, o Fisco, com base no seu poder/dever, e procedeu a autuação para evitar a possibilidade da decadência do seu direito ao crédito tributário. Optou, então, o contribuinte pela via administrativa já que a Constituição lhe garante o direito de petição aos Poderes Públicos e o devido processo legal. Também não há na legislação qualquer dispositivo que vede essa opção do contribuinte pela seara administrativa.

Por outro lado, a Carta de 88 garante a todos o devido processo legal e a ampla defesa, com os recursos inerentes. Negar aqui à recorrente o seu direito ao processo administrativo, já que inexistente procedimento judicial, seria negar vigência à Constituição, ao Código Tributário Nacional e ao PAF.

Dessa forma, sou pela inexistência da concomitância."

A vista do exposto, conheço do recurso voluntário e lhe dou provimento para afastar a concomitância e determinar o retorno do processo à DRJ de origem para exame do mérito.

Sala das Sessões, em 08 de novembro de 2006


ATALINA RODRIGUES ALVES - Relatora