



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

Processo nº 10920.003014/2006-51
Recurso nº 342.127 Voluntário
Acórdão nº 3102-00.558 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 03 de dezembro de 2009
Matéria DRAWBACK - Suspensão
Recorrente SMS DEMAG LTDA.
Recorrida DRJ-Florianópolis/SC

ASSUNTO: REGIMES ADUANEIROS

Período de apuração: 11/06/2002 a 15/09/2004

Cerceamento do Direito de Defesa. Consequências.

Há que se declarar a nulidade da decisão *a quo* que deixa de tomar conhecimento da matéria litigiosa em sua integridade e, conseqüentemente, obstaculiza a manifestação deste Colegiado.

Processo Anulado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em anular o processo a partir da decisão de primeira instância, para que outra seja proferida na devida forma.


Luís Marcelo Guerra de Castro - Presidente e Relator

EDITADO EM: 03/02/2010

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

Ausente justificadamente a Conselheira Nanci Gama.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra o Acórdão 07-11.595, proferido pela e. 2ª Turma de Julgamento da DRJ Florianópolis, em cuja ementa se lê:

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 11/06/2002 a 15/09/2004

NULIDADE. AUTO DE INFRAÇÃO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

O cerceamento ao direito de defesa somente se caracteriza pela ação ou omissão por parte da autoridade lançadora que impeça o sujeito passivo de conhecer os dados ou fatos que, notoriamente, impossibilitem o exercício de sua defesa.

Não provada violação das disposições previstas na legislação de regência, não há que se falar em nulidade seja do procedimento fiscal que deu origem ao lançamento ou do documento que formalizou a exigência fiscal.

NULIDADE. AUTO DE INFRAÇÃO. ATOS ADMINISTRATIVOS VINCULADOS. FALTA DE MOTIVAÇÃO DO LANÇAMENTO.

Descabe a alegação de falta de motivação para a lavratura de auto de infração quando as autoridades fiscais o fizeram indicando os pressupostos de fato e de direito em que se fundamentaram os lançamentos.

ARGÜIÇÃO DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS PARA APRECIÇÃO.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de argüições de inconstitucionalidade e ilegalidade de atos legais regularmente editados.

DRAWBACK. APLICAÇÃO. COMPETÊNCIA BIPARTIDA. RFB/SECEX.

É competência da SRF (RFB) a aplicação e a fiscalização do regime aduaneiro especial de drawback, modalidade suspensão. A SECEX é o órgão responsável pelo controle administrativo de regime a quem compete a sua concessão, mediante emissão de ato concessório e respectivos aditivos, inclusive, possíveis prorrogações de prazo.

ATO CONCESSÓRIO DE DRAWBACK DECLARADO NULO. TRIBUTOS INCIDENTES. IMPORTAÇÃO COMUM. EXIGIBILIDADE.

Os tributos suspensos por ocasião das importações vinculadas ao regime especial de drawback tornam-se exigíveis quando o próprio órgão competente para sua concessão declara a



nulidade do respectivo ato concessivo do regime, uma vez que referidas operações passam a ter caráter de importação comum.

Lançamento Procedente

A exigência litigiosa teve origem em ação fiscal em que restara demonstrado, segundo a opinião do Fisco, o descumprimento do regime de drawback na modalidade Fornecimento no Mercado Interno, disciplinado pelo art. 5º da Lei nº 8.032, de 1990, que teve sua redação alterada pela Lei nº 10.184, de 2001¹.

Conforme atestaram o Sujeito Passivo e o Fisco, os bens importados com ao amparo do regime destinaram-se à instalação de uma planta industrial de laminação de aços a frio e de aços galvanizados do o Grupo Usinor (Vega do Sul S.A.), na modalidade "Turn Key", que incluiria, portanto, o fornecimento das linhas de processo e equipamentos, bem como das construções e prestação de serviços destinadas à implementação de dita planta.

Estão igualmente assentes os litigantes que o ato concessório objeto de litígio (2002.0026021) foi declarado nulo pela Decisão nº 231/DECEX-2007, de 03/04/2007, que ratificou a Decisão nº 177/DECEX-2007, de 19/03/2007.

Segundo assentado no relatório fiscal, pautaram-se as autoridades fiscais na convicção de que não se encontravam presentes os elementos, no seu sentir indispensáveis, ao reconhecimento do benefício e que, diante de tal constatação, caber-lhes-ia promover o competente lançamento de ofício²:

1- ausência de participação, como licitante, de entidade sujeita à Lei nº 8.666/1993, bem assim de procedimento licitatório promovido por organismo internacional, com fundamento no artigo 42, §5º, da Lei nº 8.666/1993;

A licitação internacional que fundamentara a concessão do regime junto ao DECEX tratar-se-ia de ato privado, patrocinado pelo tomador do serviço, no intuito de escolher fornecedor que promovesse a montagem de um complexo industrial igualmente privado.

2- a SMS DEMAG Ltda. não obtivera financiamento externo junto a instituição financeira internacional da qual o Brasil participe, à entidade governamental estrangeira ou ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES, com recursos captados no exterior.

¹ Art. 5º O regime aduaneiro especial de que trata o inciso II do art. 78 do Decreto-Lei nº 37, de 18 de novembro de 1966, poderá ser aplicado à importação de matérias-primas, produtos intermediários e componentes destinados à fabricação, no País, de máquinas e equipamentos a serem fornecidos no mercado interno, em decorrência de licitação internacional, contra pagamento em moeda conversível proveniente de financiamento concedido por instituição financeira internacional, da qual o Brasil participe, ou por entidade governamental estrangeira ou, ainda, pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES, com recursos captados no exterior.

² Auto de Infração de fls. 2528 a 2566

Segundo relataram os autuantes, a leitura das “considerações e cláusulas” do contrato firmado entre EUROPEAN INVESTMENT BANK (EIB) e VEGA DO SUL³ permitiria formar convicção acerca das seguintes conclusões:

O valor total do Projeto (incluindo o capital de giro estimado em USD 75.000.000) seria de aproximadamente USD 430.000.000, obtido a partir das seguintes origens:

- Recursos próprios do Tomador (valor mínimo) USD 175.000.000
- Empréstimos do BNDES USD 115.000.000
- Empréstimos do Kreditanstalt Für Wiederaufbau Frankfurt (KFW) USD 90.000.000

Ainda segundo relataram as autoridades autuantes, a recorrente figura, na qualidade de fornecedor local, em contrato de financiamento, datado de 07/12/2001 e no valor de EUR. 94.711.081,00, firmado entre KFW e Vega do Sul S.A.⁴, onde também figura SMS DEMAG AG como exportador

Apesar de tal financiamento, as importações alvo de benefício não teriam sido integralmente custeadas com tais recursos obtidos no exterior.

Conforme se extrai do relatório fiscal, após a análise da ficha “câmbio” das adições vinculadas ao Ato Concessório 2002.002602-1, constatar-se-ia que o valor efetivamente pago contra financiamento estrangeiro oscilava entre 1,74% e 100%, com a média de 64,39%, sendo restante da operação custeado por meio de recursos fornecidos antecipadamente pela recorrente ou ainda pelo anteriormente mencionado financiamento obtido junto ao EIB, onde fora exigido o aporte de recursos da pessoa jurídica Vega do Sul.

Consignaram ainda as autoridades autuantes sua compreensão de que o eventual restabelecimento daquele ato concessório anulado não teria o condão de infirmar suas conclusões acerca da inaplicabilidade do regime às importações em debate. Trouxeram à colação arestos dos extintos segundo e terceiro conselhos de contribuintes que respaldariam essas conclusões.

Tendo o órgão julgador recorrido endossado as conclusões do Fisco, compareceu a recorrente aos autos para em sede de recurso voluntário pleitear a reforma da decisão *a quo* e o cancelamento da exigência, sinteticamente, pelos seguintes fundamentos:

1.- que Vega do Sul S.A. enviou Carta-Convite às mais qualificadas empresas do Brasil e do mundo, detentoras de tecnologia em processos siderúrgicos e na fabricação de equipamentos, convidando-as a participar do procedimento de concorrência internacional;

2 - que foi declarada vencedora da Licitação Internacional, recebendo declaração da Licitante (Vega do Sul S.A.) nesse sentido;

3 - que pleiteou, em 18.12.2001, junto ao Departamento de Comércio Exterior - DECEX regime de “Drawback suspensão” para “fornecimento no mercado interno”, nos termos do artigo 5º da Lei 8.032/90 e obteve Ato Concessório nº. 2002.002602-1, expedido em 26.02.2002;

³ Doc. de fls. 2.300 a 2.344

⁴ Empréstimo nº 9393, fls. 2.345 a 2.482

4.- que, após concessão, iniciou a fabricação dos equipamentos contratados, aos quais agregou insumos importados, dentro dos limites estabelecidos no pré-falado ato concessório;

5.- que, em meados de 2005, o Ministério Público Federal, baseado em interpretação exarada pela Receita Federal do Brasil, quando da análise de ato concessório de drawback em que terceira pessoa jurídica figurava como beneficiária, determinara que fossem revisadas todas as operações de “drawback” concedidas com base no artigo 5º da Lei nº 8.032/90, nos últimos 10 (dez) anos e declarados nulos todos os atos concessórios não pautados no princípio da legalidade;

6.- que, em função dessa determinação, o Diretor do DECEX expedira a Portaria 31, de 2 de janeiro de 2006, determinando a instauração de processo administrativo para revisão de Ato Concessório de “drawback” de várias empresas, dentre as quais a SMS Demag Ltda., alvo do processo administrativo nº 52500.000430/2006-98, por meio do qual se concluíra pela anulação do presente ato concessório em razão de que o procedimento licitatório que o embasara não teria sido realizado por entidades sujeitas à Lei nº 8.666/93.

7.- que tais conclusões contrariariam interpretação de que a expressão “licitação internacional” abrangeria as realizadas por entidades privadas, sedimentada pelo DECEX ao longo de 15 anos;

8.- que a RFB igualmente mudara sua interpretação, editando o Ato Declaratório Interpretativo nº 12/07. Transcreveu sua redação;

9.- que, baseando-se no cancelamento retroativo do Ato Concessório, a Fiscalização promovera a lavratura do auto de infração litigioso. Transcreveu trecho da fl. 35 do relatório fiscal;

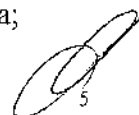
10 - que o juízo da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, por meio de sentença proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 2007.34.00.020563-8, restaurou a vigência e eficácia do ato concessório, revertendo a decisão anulatória do DECEX, no seu sentir, único fundamento da autuação. Juntou cópia do aresto;

11 - que tal fato derrubaria toda a sustentabilidade do auto de infração, que passaria a ser “uma sombra de ato administrativo”, a ser cancelada de pronto;

12 - que, em 15 de fevereiro de 2008, foi editada a Medida Provisória nº. 418 por meio da qual fora interpretado o art. 5º da Lei no. 8.032/90, ratificando seu entendimento acerca do conceito de licitação internacional, de modo a atrair a aplicação do art. 106, I do CTN. Transcreveu o art. 3º do diploma novel;

13 - que as autoridades lançadoras teriam se equivocado quando estatuíram que a expressão “licitação internacional” consignada no art. 5º da Lei nº 8.032/90 se limitaria ao procedimento disciplinado na Lei nº 8.666/93, às licitações e contratos da Administração Pública. Transcreveu doutrina;

14 - que não se poderia confundir licitação pública com licitação da administração pública nem atribuir à expressão licitação internacional restrição imprópria;



15 - que, por meio da técnica de interpretação conforme a constituição chegar-se-ia à conclusão de que o art. 173 da Carta de 1988 obstaría a restrição sugerida pelo Fisco, eis que vedaria a concessão de benefícios de forma distinta entre empresas públicas e privadas. Transcreveu doutrina e excerto de aresto emanado do TRF 1ª Região, em processo movido por pessoa jurídica em situação análoga;

16 - que o lançamento demonstraria “agir vacilante e inseguro da autoridade lançadora”, materializada na sucessiva menção a argumentos subsidiários e contraditórios entre si quando da abordagem acerca da competência e autonomia para analisar a regularidade do Ato Concessório, comprometendo, no seu sentir, o reconhecimento inequívoco da motivação do ato administrativo e, conseqüentemente, o exercício de seu direito de defesa. Pleiteou a decretação da nulidade do auto de infração;

17 - que as autoridades recorridas, quando da análise da bipartição da competência entre RFB e Decex, partiram de uma premissa correta mas chegaram a uma conclusão equivocada: aquele órgão de administração tributária não possuiria competência para analisar os pressupostos de concessão do regime de drawback;

18 - que o art. 338 do Regulamento Aduaneiro aprovado pela Decreto nº 4.543, de 2002, atribuíra tal competência à SECEX e que as conclusões ratificadas pelas autoridades recorridas reduziram a significância daquela secretaria no processo de concessão do regime e transformariam em letra morta dito dispositivo regulamentar;

19 - que as competências entre os dois órgãos governamentais seriam complementares: à SECEX caberia avaliar cumprimento dos requisitos que denominou prévios (pressupostos) e à SRF, os que denominou de fruição do drawback. Enumerou os requisitos para concessão do regime na modalidade do que é objeto de litígio;

20 - que, dentre tais requisitos, dois seriam prévios à concessão do regime e, como tais, sujeitos ao controle da SECEX: licitação internacional e financiamento internacional obtido perante instituições internacionais, ou perante o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES, com recursos captados no exterior. Apresentou diagrama que traduziria esses desdobramentos;

21 - que, tanto as autoridades lançadoras quanto as recorridas teriam reconhecido o financiamento prévio;

22 - que, à RFB cumpriria apenas o lançamento do tributo, “em razão da cessação dos efeitos do drawback”, ou sua exclusão, não a sua suspensão. Apresentou quadro sinótico e traçou paralelo entre a atuação complementar no regime de drawback e nos incentivos regionais e de incentivo à cultura. Transcreveu excertos de julgados proferidos pelo extinto Conselho de Contribuintes e o art. 163 da Portaria SECEX nº14/04;

23 - que, admitir a tese de que a RFB seria competente para analisar todos os aspectos do drawback, conduziria ao “redimensionamento do mérito do auto de infração” e à nulidade da decisão de primeira instância, que deixara de tratar desses aspectos do mérito e, conseqüentemente, obstaculizara seu conhecimento por este órgão *a quo*, sob pena de supressão de instância;

24 - que, se este colegiado optar por superar os alegados vícios, restaria enfrentar o mérito da ação fiscal: afóra os já mencionados aspectos relativos à licitação internacional, sustenta ainda que o financiamento apresentado cumpre os ditames da Lei nº

8.032, de 1990, dada a sua suficiência para custear as importações e sua obtenção anterior à formulação do pedido de drawback;

25 - que tal legislação estabeleceria como requisito à concessão do drawback a existência de financiamento internacional capaz de garantir o pagamento integral da importação de materiais e componentes;

26 - que os US\$ 430 milhões informados no contrato junto ao EIB diriam respeito à totalidade do empreendimento, cabendo ao Fisco discriminar sua aplicação;

27 - que o valor dos materiais e componentes importados, somados aos equipamentos nacionais, totalizara US\$ 96.789.217,35, conforme constara no Relatório Unificado de Drawback, valor superado pelos financiamentos internacionais obtidos junto ao KFW ao EIB, em 7 de dezembro de 2001, data anterior ao pedido de drawback, que somente se dera em 18 de dezembro de 2001, conforme cópia do protocolo realizado junto ao DECEX;

28 - que faria jus à compensação do IPI lançado com aquele pago sobre o sobre o preço de venda da mercadoria, recolhido sem o abatimento do imposto que ora se alega devido. Citou jurisprudência que ampararia tal pretensão;

29 - que se operara mudança de critério jurídico, atraindo a aplicação do artigo 146 do Código Tributário Nacional;

30 - que, se assim não for interpretado, caberia afastar a multa de 75% (setenta e cinco por cento) e os juros calculados com base na variação da taxa do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, por força do artigo 100 do Código Tributário Nacional.

Quando da sessão de julgamento foram recebidos memoriais encaminhados pela recorrente que noticiavam o restabelecimento administrativo do ato concessório objeto do presente litígio e que pretendiam discriminar a origem dos recursos empregados nas operações que o Fisco alega irregularmente custeadas.

Já a Fazenda Nacional, apresentou memoriais em que reforça as alegações de irregularidade no financiamento e pleiteia o julgamento da lide no estado em que se encontra.

É o Relatório

Voto

Conselheiro Luís Marcelo Guerra de Castro, Relator

O recurso é tempestivo e trata de matéria inserida na competência desta Terceira Seção. Dele se deve tomar conhecimento, portanto.

Preliminarmente



Em sede de preliminar, postula-se, alternativamente, a nulidade do auto de infração, por invasão da competência da Secretaria de Comércio Exterior e vício de motivação ou, caso seja afastada dita invasão de competência, da decisão recorrida, eis que deixaram de ser enfrentadas questões que, no seu sentir, decorreriam de redimensionamento do mérito do litígio.

Analiso separadamente tais alegações.

1 - Nulidade do Auto de Infração

1.1 - Incompetência Material da RFB

É do conhecimento dos meus pares a opinião deste relator acerca da atuação conjunta da SECEX e da atual RFB na concessão e controle do regime de drawback, já externada por meio de declaração de voto formulada no julgamento do Recurso Voluntário 133.310, que tramitou perante o extinto Terceiro Conselho de Contribuintes.

Peço licença para transcrever trecho de tal manifestação:

Inicialmente, há que se trazer à colação os artigos 179, caput e § 2º, e 155 do Código Tributário Nacional, que prevêem o seguinte tratamento do benefício da isenção:

Art. 179. A isenção, quando não concedida em caráter geral, é efetivada, em cada caso, por despacho da autoridade administrativa, em requerimento com o qual o interessado faça prova do preenchimento das condições e do cumprimento dos requisitos previstos em lei ou contrato para concessão.

§ 1º ...

§ 2º O despacho referido neste artigo não gera direito adquirido, aplicando-se, quando cabível, o disposto no artigo 155.

Art. 155. A concessão da moratória em caráter individual não gera direito adquirido e será revogada de ofício, sempre que se apure que o beneficiado não satisfazia ou deixou de satisfazer as condições ou não cumpria ou deixou de cumprir os requisitos para a concessão do favor, cobrando-se o crédito acrescido de juros de mora:

Por sua vez, o Regulamento Aduaneiro vigente à época ratifica o disposto no CTN, atribuindo à autoridade fiscal o dever de reconhecer ou, for o caso, revogar a isenção indevidamente concedida:

Art. 134. A isenção ou redução do imposto será efetivada, em cada caso, por despacho da autoridade fiscal, em requerimento com o qual o interessado faça prova do preenchimento das condições e do cumprimento dos requisitos previstos em lei ou contrato para sua concessão (Lei nº 5.172/66, art. 179).

§ 1º O despacho referido neste artigo não gera direito adquirido, podendo ser revogado de ofício.

§ 2º A isenção ou redução poderá ser requerida na própria declaração de importação.



Ou seja, face à determinação regulamentar, as autoridades procederam à verificação do cumprimento das condições inerentes àquela modalidade de exclusão do crédito tributário e, em consequência dos fatos apurados, revogaram a isenção concedida por ocasião do despacho de importação.

Por outro lado a fim de dirimir dúvidas acerca da legitimidade ativa da SRF para aferir o cumprimento das condições inerentes ao regime, cabe, ainda, trazer à consideração a Portaria MEFP nº 594, de 25 de agosto de 1992⁵, que assim reparte as competências atinentes à concessão e fiscalização do regime:

Art. 2º Constitui atribuição da Secretaria Nacional de Economia - SNE, nos termos do art. 2º, da Lei nº 8.085, de 23 de outubro de 1990, a concessão do regime, compreendidos os procedimentos que tenham por finalidade sua formalização, bem como o acompanhamento e a verificação do adimplemento do compromisso de exportar.

Art. 3º Constitui atribuição do Departamento da Receita Federal - DpRF a aplicação do regime e a fiscalização dos tributos, nesta compreendidos o lançamento de crédito tributário, sua exclusão em razão de reconhecimento do benefício e a verificação, a qualquer tempo, do regular cumprimento, pela importadora, dos requisitos e condições fixados pela legislação pertinente. (os grifos não constam do original)

Com o advento da Lei no 8.490, de 19 de novembro de 1992, as atribuições da Secretaria Nacional de Economia foram transferidas para a Secretaria de Comércio Exterior (Secex) e do Departamento da Receita Federal, para a Secretaria da Receita Federal (SRF).

Indiscutivelmente, não cabe à SRF invadir a competência da Secex, que se limita, nos termos do sobredito ato governamental, à formalizar a concessão do regime, acompanhá-lo e verificar o adimplemento do compromisso de exportar, mas isso não deixa o Fisco a reboque das conclusões daquele órgão de controle administrativo.

Ou seja, a Portaria suso transcrita, novamente ratifica a atribuição da SRF, para, a qualquer tempo, verificar o regular cumprimento, pela importadora, dos requisitos e condições fixados para fruição da isenção proporcionada pelo regime de drawback.

De se reforçar que, no caso do drawback isenção, o implemento das condições deve estar perfeitamente configurado por ocasião da concessão do regime, que antecede à importação das mercadorias acobertadas pelo benefício.

⁵Publicada no DOU de 26/08/1992

A esse respeito, peço vênia para transcrever a lição fornecida por Liziane Meira⁶ que, com singular precisão, traça um paralelo acerca do momento em que se dá o cumprimento das condições inerentes ao regime de drawback, nas modalidades suspensão e isenção:

"Na modalidade mencionada pela legislação como "Drawback Suspensão", há uma importação de mercadoria com isenção sujeita à condição resolutiva, pois, se posteriormente não for providenciada a reexportação do produto industrializado, os tributos incidentes sobre a importação são devidos.

(...)

É bom que se esclareça que o fato do descumprimento das condições eventualmente sugerir, ao mesmo tempo, falha na concessão do regime, não desvirtua a irregularidade, nem limita a atuação independente da SRF.

Indiscutivelmente, esse deslocamento do momento da configuração do cumprimento das condições pode até gerar uma "área" de sobreposição entre as análises sob a responsabilidade da Secex e aquelas a cargo da SRF, mas o resultado dessas verificações é inteiramente independente.

Ou seja, assim como ocorre com o drawback, modalidade suspensão, é possível que a Secex vislumbre o adimplemento do regime e a SRF conclua pela existência de justo motivo para a revogação do benefício fiscal, em função de fato não apurado por aquela autoridade que o concedeu. As competências destes órgãos, apesar de convergentes, não se comunicam: nem a atuação da SRF está limitada às conclusões da Secex, nem vice-versa.

Em suma, apesar das verificações das condições apontarem para uma eventual falha no ato administrativo de concessão do regime, discussões acerca da validade ou não desse ato, ao meu ver, não têm qualquer importância para a solução do litígio trazido a julgamento, que dever se ater aos aspectos tributários dos fatos apurados.

Nesse particular, precisa é a lição de Alfredo Augusto Becker⁷, que, analisando a influência dos atos inexistentes, nulos ou anuláveis sobre a incidência da norma tributária, com particular poder de síntese, esclarece:

"Esta influência negativa ou neutra decorre da composição de cada hipótese de incidência. Noutras palavras, a análise da quantidade, natureza e causação dos elementos (núcleo e adjetivos) integrantes da hipótese de incidência de cada regra jurídica tributária, dirá se a inexistência, nulidade, anulabilidade ou ineficácia de um determinado ato, impossibilitou a incidência da regra jurídica (influência

⁶ Regimes Aduaneiros Especiais, Coleção de Estudos Tributários; coordenação Paulo de Barros Carvalho - São Paulo: IOB, 2002

⁷ Teoria Geral do Direito Tributário. São Paulo, Lejus, 2002, 3ª edição págs 464 a 465.

negativa), ou lhe foi indiferente (influência neutra) e conseqüentemente não impediu sua incidência."

Ou seja, se, como no caso em testilha, a declaração de nulidade do ato administrativo da Secex não representa uma condição para a adoção das medidas a cargo do Fisco, observa-se o fenômeno que o autor define como "influência neutra", que não produz efeitos sobre a materialização da incidência da norma tributária sobre determinado fato.

É importante frisar que esse raciocínio nada tem de inovador, conforme se depreende da leitura do acórdão 301-301228, onde, por unanimidade de votos, reconheceu-se o descumprimento de requisitos para concessão do mesmo regime:

"Está incorreta a aplicação do regime aduaneiro especial de Drawback suspensão, com base no art. 5º da Lei nº 8.032/90, no art. 29 da Portaria Decex nº 04/97 e no inc. VI do item 2.2 do Comunicado DECEX nº 21/91, por não se caracterizar montagem na industrialização a importação de um guindaste pórtico para pallets destinado a compor um Terminal Frigorífico, de acordo com o disposto no inc. III do art. 4º do Decreto nº 2.637/88 (do RIFI), e descumprimento do requisito para fornecimento no mercado interno, previsto no Comunicado DECEX nº 21/91."

Penso, entretanto, que o julgamento do presente recurso assume particularidades que dispensam maiores debates acerca dessa divisão.

Com efeito, mesmo que se assumisse a premissa de que a RFB padeceria de incompetência para "revisitar" o processo de concessão do regime pela Secex, pelo menos dois fatores conduziram este colegiado a afastar a alegação de nulidade da ação fiscal por incompetência das autoridades: o Decex não acatou o pleito do Sujeito Passivo, foi alvo de mandado de segurança contra seu diretor e, o que é mais relevante, existem questionamentos do Fisco que, a meu ver, se incluíam na seara daquilo que a recorrente classificou requisitos de fruição, ou seja, atinentes à própria execução do regime.

Ou seja, as autoridades fiscais apontam inconsistências que claramente passam ao largo dos controles promovidos quando da concessão do regime.

Com efeito, segundo sustenta o Fisco, relembre-se, os dados cambiais extraídos das Declarações de Importação permitiriam concluir que parte significativa das mercadorias teria sido quitada à conta de câmbio antecipado pela recorrente e não como exigiria a lei, de financiamento *concedido por instituição financeira internacional, da qual o Brasil participe, ou por entidade governamental estrangeira ou, ainda, pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES, com recursos captados no exterior.*

⁸Recurso nº 123589, Relatora: Roberta Maria Ribeiro Aragão, votado em 19/03/2002

Nessa esteira, ainda que se advogue a incompetência para reanalisar a concessão do incentivo, certo é que a investigar a origem dos recursos por meio dos quais as importações foram efetivamente quitadas desborda daquele controle inicialmente exercido pela Secex. Certamente tal controle está atrelado a execução (ou aplicação) do regime, a ser exercido privativamente pela Secretaria da Receita Federal Brasil (RFB).

Mais uma vez, friso que as presentes considerações visam exclusivamente a delimitar a competência das autoridades lançadoras em razão da natureza da acusação do Fisco e isso não antecipa a análise do conteúdo dessas acusações, a ser enfrentado se este colegiado entender que se deve prosseguir até a análise do mérito.

1.2 - Vício de Motivação

Contesta ainda a recorrente a forma por meio da qual o Fisco expôs os motivos que dariam ensejo à lavratura do auto de infração combatido.

Conforme já relatado, foi externada a convicção de que o uso de argumentos sucessivos e contraditórios impediram que se reconhecesse a real motivação das autoridades e, nessa condição, cerceou-se o direito de defesa.

A se confirmar tal alegação, caberia aplicar o art. 59, II do Decreto nº 70.235, de 1972⁹ e anular o procedimento fiscal desde o nascedouro.

Penso, entretanto, com a devida vênia, que tal fundamento não se sustenta.

É certo que o relatório fiscal encontra-se povoado de argumentos sucessivos, mas isso, a meu ver, revela, no máximo, recurso de retórica, com vistas ao convencimento das autoridades julgadoras acerca dos fundamentos que julgou relevantes.

Não há que se falar, portanto, em aplicação do princípio da eventualidade. As teses do Fisco em nada se excluem: a recorrente teria descumprido as exigências fixadas no art. 5º da Lei nº 8.032, de 1990 e aquele órgão de controle tributário deteria competência para promover o lançamento.

Os fatos que levariam a essas conclusões são diversos, com efeito, mas, se todos convergem para a mesma direção, certamente não se pode taxar-lhes de contraditórios entre si.

Sem dúvida, as versões da recorrente e dos autuantes acerca dos fatos e dos fundamentos jurídicos são diferentes e mutuamente excludentes. Concordar com as conclusões do Fisco muitas vezes implica necessariamente discordar, ainda que por via oblíqua, das trazidas pela recorrente e vice-versa. Ocorre que a correção ou equívoco dessas conclusões é, também, matéria a ser enfrentada juntamente com o mérito.

2 - Nulidade da Decisão de 1ª Instância

Apesar de discordar da recorrente acerca da alegação de que enfrentar matéria diversa da irregularidade do processo licitatório internacional implicaria “redimensionamento do mérito”, forçoso é concluir que o órgão julgador de 1ª instância,

⁹ Art. 59. São nulos:

(...)

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

alegadamente no interesse da economia processual, deixou de analisar tais fundamentos da autuação, repelidos por meio da correspondente impugnação.

Veja-se excerto do relatório que é parte integrante do Auto de Infração¹⁰:

O financiamento KFW obtido cobriu parte do valor das respectivas importações efetuadas, e outras parcelas foram vinculadas ao pagamento antecipado pela SMS DEMAG Ltda., matriz, e com recursos do EIB, o qual exigia recursos próprios do tomador, VEGA DO SUL S. A., o licitador do fornecedor para o montagem e industrialização de seu próprio parque industrial.

Mais um requisito legal descumprido, dentre tantos insanáveis, a viciar o ato original de concessão do drawback, pelo que, urge que se lancem os tributos suspensos e acréscimos legais, constituindo-se sem mais delongas o crédito tributário.

Ou seja, desde o momento da lavratura do auto de infração, o Fisco sustenta que há irregularidades na aplicação dos recursos que financiaram as operações de importação de mercadorias beneficiadas.

Note-se que os autuantes consignaram sua convicção de que, diferentemente do que concluíra o voto condutor do acórdão recorrido, a nulidade do ato concessório ou reversão da nulidade, conforme o caso, não ratificaria nem afastaria o acusado descumprimento do regime.

Transcrevo trecho em que tal raciocínio é exposto:

Cumprindo ao Fisco, independente não ter sido formalmente comunicado pelo DECEX, como resultado do exame fiscal realizado, constituir e exigir os tributos suspensos com os acréscimos legais cabíveis, em consonância com a legislação imperativa, vigente e eficaz.

A decretação de nulidade do Ato Concessório ou a invalidação da anulação do mesmo, como pleiteia a interessada, não afeta o lançamento do crédito tributário pela autoridade administrativa tributária, que efetua o lançamento tributário por ter constatado a subsunção do conjunto fático (fato imponível — fato gerador) às hipóteses de incidência, tendo verificado estarem presentes os requisitos legais necessários e suficientes à constituição do lançamento.

Ou seja, apesar de não se poder falar em redimensionamento do mérito, fato é que a matéria litigiosa deixou de ser analisada em sua completude.

É indiscutível que a autoridade julgadora é livre para formar sua convicção, mas isso, salvo melhor juízo, não autoriza que se deixe de tomar conhecimento de alegações

¹⁰ Trecho à fl. 2.558

formuladas pelas partes, sob pena de obstaculizar a correta atuação deste colegiado *ad quem* e, o que é mais grave, cercear o exercício do direito de defesa.

2- Conclusão

Ante ao exposto, firme no já transcrito inciso II do art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972, anulo o presente processo a partir do Acórdão 07-11.595, da 2ª Turma da DRJ Florianópolis, inclusive, para que outro seja elaborado, enfrentando todas as alegações do Fisco e do sujeito passivo.


Luis Marecio Guerra de Castro