

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

Processo nº 11020.000819/2007-30
Recurso nº 141.976 Voluntário
Acórdão nº 3802-00.205 – 2ª Turma Especial
Sessão de 28 de abril de 2010
Matéria Multa Diversa
Recorrente Soprano Eletronetalúrgica e Hidráulica Ltda.
Recorrida DRJ - Florianópolis/SC

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Data do fato gerador: 13/10/2005, 02/12/2005

IMPORTAÇÃO DE MERCADORIAS. CLASSIFICAÇÃO NA NOMENCLATURA COMUM DO MERCOSUL (NCM) INCORRETA PELO IMPORTADOR. APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ART. 84, I, DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.158-35/2001. POSSIBILIDADE NO CASO CONCRETO. LANÇAMENTO PARA PREVENIR DECADÊNCIA. CABIMENTO. PROPOSITURA DE AÇÃO JUDICIAL PARA DISCUTIR A CLASSIFICAÇÃO FISCAL. RENÚNCIA DO DEBATE NA ESFERA ADMINISTRATIVA. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E IMPROVIDO.

É razoável o proceder do Fisco de promover o lançamento fiscal, na pendência de ação judicial, unicamente para prevenir decadência do direito creditório. Contudo, a cobrança fica condicionada ao insucesso da demanda do sujeito passivo, perante o Poder Judiciário. Vale dizer, o crédito tributário somente poderá ser cobrado caso o contribuinte venha a perder o processo judicial e o Fisco restar vencedor. Do contrário, a exigência tributária será ilegal.

Importa desistência do recurso na esfera administrativa, ainda que parcialmente, o fato do contribuinte suscitar idêntica tese em ação judicial (Ato Declaratório Normativo SRF nº 3/96).

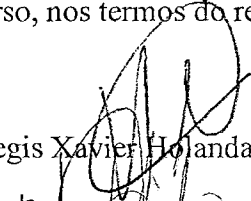
Se o importador classificou incorretamente as mercadorias importadas, na Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM), e inexistente na hipótese qualquer causa excludente, sujeita-se a multa do Art. 84, I, da Medida Provisória nº 2.158-35/2001.

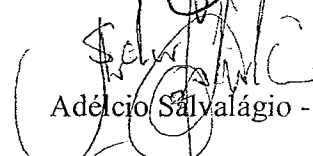
Recurso voluntário conhecido em parte e, nesta, improvido.

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.


Regis Xavier Holanda - Presidente


Adécio Salvalágio - Relator

FORMALIZADO EM: 06 de maio de 2010.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Regis Xavier Holanda, Alan Fialho Gandra, Adécio Salvalágio, Luis Cláudio Farina Ventrilo e Francisco José Barroso Rios. Ausente o Conselheiro Luis Alberto Pinheiro Gomes e Alcoforado. Ausente o conselheiro Alex Oliveira Rodrigues de Lima.

Relatório

Cuida-se de processo administrativo instaurado em 07/05/2007 por **Soprano Eletrometalúrgica e Hidráulica Ltda.**, originado a partir do auto de infração nº 1010600/20086/07 (fls. 1-10).

Contra a recorrente foi lavrado o auto para cobrança de “*multa por falta de licença de Importação*” (fl. 2), somados aos acréscimos legais devidos, por conta de classificação incorreta de mercadorias importadas, representadas por “*cadeados sem a haste e as chaves*”, com amparo em **DUAS** DI’s, registradas em 13/10/2005 e 02/12/2005, (fl. 2).

Segundo consigna o documento, foi submetido “*a despacho cadeados sem a haste e as chaves, produto classificável, segundo despacho judicial na Ação Ordinária nº 2006.71.07.002525-9-RS, na posição 8101.10.00 da Tarifa Externa Comum. A empresa classificou a mercadoria na posição 8301.60.00 da Tarifa Externa Comum – partes de cadeados*” (fl. 2).

E no auto ainda consta que se cobram “*os valores decorrentes da multa por falta de Licença de Importação, somado aos acréscimos legais devidos, considerando-se que a empresa descreveu o produto como corpo de cadeado, quando na realidade tratava-se do corpo do cadeado com miolo, travas, molas e demais peças, faltando tão somente a haste e as chaves*” (fl. 2), que importam no valor histórico de R\$ 57.926,59 (fl. 6).

Na manifestação de inconformidade de fls. 32-43, a recorrente pediu o cancelamento integral do lançamento (fl. 43).

Apreciando-a, a 2ª Turma da DRJ de Florianópolis/SC, através do acórdão de fls. 64-70-v, negou-lhe provimento, mantendo a exigência.

Deste acórdão, a recorrente foi intimada nos termos do documento de fl. 77.

Insatisfeita, apresentou em 20/03/2008 o recurso voluntário de fls. 78-91.

Reproduzindo, basicamente, o que defendeu na sua manifestação de inconformidade (fls. 29-44), **SUSTENTA:**

(i) **preliminarmente**, ofensa à decisão judicial, porquanto o auto de infração, por se fundamentar na sentença proferida na ação ordinária que foi anulada, por cerceamento ao direito de defesa, “*não tem qualquer valia, uma vez que está baseado em sentença que não produziu efeitos*” (fl. 83).

NO MÉRITO (fls. 84-91):

(ii) *que a decisão de 1ª instância deve ser reformada, pois interpreta equivocadamente a lei federal, além de contrariar a jurisprudência sobre a matéria. Ademais, que está correta a classificação que promoveu, asseverando tecnicamente sobre a composição da mercadoria em si. Discorre ainda sobre a forma*

de interpretação da NCM. Cita julgados deste Conselho que, no seu entender, se enfileiram na linha da sua tese.

Finaliza, pedindo o acolhimento do seu recurso para ser cancelado integralmente o lançamento (fl. 91).

É O SUCINTO RELATO.



Voto

Conselheiro ADÉLCIO SALVALÁGIO, Relator

Cuida-se de recurso voluntário aparelhado contra acórdão da 2ª Turma da DRJ de Florianópolis/SC, que por unanimidade de votos manteve o lançamento, nos termos do acórdão de fls. 64-70-v.

O recurso, consoante registra certidão de fl. 103, satisfaz os requisitos formais de admissibilidade. Portanto, merece conhecimento.

Inferre-se do caderno processual, que a recorrente importou, da China, mercadoria que definiu como “cadeados sem a haste e as chaves”, classificando-a na posição 8301.60.00 da *Tarifa Externa Comum* – “partes de cadeados” (fl. 2). Na chegada, as mercadorias ficaram retidas na “Estação Aduaneira de Caxias do Sul” (fl. 81), por conta do Fisco ter discordado desta classificação fiscal. Entendeu que a correta se dá na posição 8101.10.00 (cadeados), da NCM – Norma Comum do Mercosul.

A empresa, então, ingressou com a referida “*Ação Ordinária com pedido de tutela antecipada contra a Fazenda Nacional visando o reconhecimento e declaração do direito de importar partes e peças de cadeados na subposição 8301.60.00*” (fl. 81). A tutela liminar não foi deferida. Agravou. O TRF da 4ª, nos autos do agravo nº 2006.04.00.019327-8, em efeito suspensivo ativo, deferiu a medida, liberando a mercadoria (fls. 81 e 82) sem o pagamento das exigências.

Em 18/10/2006, a ação ordinária foi julgada improcedente, dando-se como correta a classificação imposta pelo Fisco (8101.10.00 da NCM). A recorrente apelou. O TRF da 4ª R, acolhendo preliminar, anulou a sentença por cerceamento de defesa, determinando o retorno dos autos a origem para a instrução do feito, com realização de perícia.

Nesse meio tempo, ou seja, em 26/03/2007, emitiu-se o auto de infração ora em análise, para a cobrança de “valores decorrentes da multa por falta de Licença de Importação, somado aos acréscimos legais devidos, considerando-se que a empresa descreveu o produto como corpo de cadeado, quando na realidade tratava-se do corpo do cadeado com miolo, travas, molas e demais peças, faltando tão somente a haste e as chaves” (fl. 2), no valor histórico de R\$ 57.926,59 (fl. 6).

Naquela ação ordinária, ao que se colhe do andamento processual da internet¹, após a realização da perícia técnica, foi prolatada nova sentença. Em 31/08/2008, com resolução de mérito, **julgou-se improcedente o pedido da autora**, mantendo-se a classificação fiscal da mercadoria importada no código apontado pelo Fisco (8101.10.00 da NCM). Segundo se observa na decisão, “as mercadorias importadas classificam-se, na realidade como cadeados incompletos (NCM 8301.10.00), nos termos da Norma Interpretativa nº 2.a, prevista no Decreto nº 4.542/2002” (cópia anexa).

¹ http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=jfrs&documento=4089864&DocComposto=&Sequencia=&hash=ee0767aec7652f90997c37fd3d19a9d6

Em preliminar, sustenta a recorrente que o auto de infração, nesse contexto, deve ser cancelado, pois se apóia em sentença que foi anulada.

A meu sentir, não lhe assiste razão.

O que motivou a emissão do auto de infração, segundo revela o caderno do processo, foi a divergência de entendimento entre o Fisco e a Importadora quanto à classificação tarifária das mercadorias. Logo, não tem a anulação da primeira sentença proferida na tal ação ordinária a força defendida pela recorrente de tornar ineficaz o auto. Aliás, consoante anotado acima, já restou proferida NOVA sentença, depois de realizada a prova pericial por ela postulada, e novamente se reconheceu que a classificação fiscal indicada pelo Fisco é a correta, em detrimento daquela que havia apontado a empresa importadora.

Portanto, fica afastada a preliminar.

No tocante ao mérito, consoante já anotou a decisão de 1º grau, penso que a matéria não pode ser conhecida, no que concerne à discussão da classificação tarifária.

Registra o recurso ordinário que a essência em discussão na ação ordinária apresentada no Judiciário reside no *“reconhecimento da correta classificação fiscal do corpo de cadeado na subposição 8301.60.00, e por consequência, a declaração do direito da Recorrente em efetuar”* (fl. 82) suas importações da mercadoria nessa classificação fiscal.

Lendo-se a sentença, cuja cópia (impressa da internet) juntei às fls. 105 e seguintes, nota-se facilmente que os argumentos de mérito que a recorrente suscita no presente recurso são idênticos aos que submeteu ao crivo do Poder Judiciário. Vale dizer, o debate travado na esfera administrativa, através do presente processo, bem como aquele inaugurado na via judicial por meio da ação ordinária nº 2006.71.07.002525-9-RS, no tocante à tese de mérito, comporta similitude intensa. Ademais, **busca a recorrente, tanto lá, quanto aqui, em linhas gerais o mesmo propósito, qual seja: o cancelamento do auto de infração.**

A propósito, importante destacar os ensinamentos de Leandro Paulsen sobre o tema:

“Considerando que o contribuinte tem direito a se defender na esfera administrativa, não faz sentido a sobreposição dos processos administrativo e judicial. A opção pela discussão judicial, antes do esgotamento da esfera administrativa, demonstra que o contribuinte desta abdicou, levando o seu caso diretamente ao Poder ao qual cabe dar a última palavra quanto à interpretação e à aplicação do Direito, o Judiciário”².

Portanto, a meu sentir, tenho que **OCORRE**, na hipótese em julgamento e pelas particularidades do caso, **concomitância de instância quanto à matéria atinente à classificação fiscal**. Nesse sentido, aliás, embora tenha se demorado na abordagem do tema, também entendeu o acórdão recorrido. Consequentemente, caberá unicamente ao Poder Judiciário defini-la, não sendo mais adequado pronunciamento a respeito da instância administrativa.

² Leandro Paulsen, René Bergmann Ávila, Ingrid Schroder Sliwka. Direito Processual Tributário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pág. 413.

Como se sabe, para que haja a renúncia à esfera administrativa, há que se notar identidade entre as matérias, vale dizer, das TESES postas à apreciação no poder judiciário. No caso concreto, ao que se infere dos autos, especialmente do cotejo entre a sentença de fls. 105-112 e o recurso de fls. 78-91, é o que se verifica na tese da classificação fiscal. Vale dizer, a pertinência (ou não) da exigência tributária por classificação incorreta de mercadoria na NCM, na importação noticiada nestes autos, foi levada à apreciação do Poder Judiciário. Assim, repita-se, NÃO deve ser obviamente analisada no âmbito administrativo, já que submetida ao crivo do Poder Judicial.

Ademais, não se pode olvidar o que preceitua o Ato Declaratório (Normativo) SRF nº 3, de 14/02/96, que assim estabelece: *“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”*.

Portanto, faz-se presente uma questão de ordem processual que impede o conhecimento, em parte, do recurso voluntário. Dá-se aqui inegavelmente a concomitância de instância. De fato, existe concomitância quando no processo administrativo se aborda idêntico objeto levado ao crivo do Poder Judiciário, hipótese em que a autoridade julgadora da esfera administrativa deve abster-se da apreciação do mérito do litígio, até mesmo em razão do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Republicana.

Assim, por força do § 2º, do art. 78, do Regimento Interno do CARF, tenho que a recorrente abdicou, em parte, do recurso administrativo. Segundo este **dispositivo**, *“O pedido de parcelamento, a confissão irretratável de dívida, a extinção sem ressalva do débito, por qualquer de suas modalidades, ou a propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda Nacional, de ação judicial com o mesmo objeto, importa a desistência do recurso.”*

Como já se decidiu, *“Em nossa sistemática processual tributária é facultada ao contribuinte a escolha entre impugnar e formular requerimentos fiscais na via administrativa ou perante o Poder Judiciário, podendo tal opção ser originária ou superveniente (princípio optativo). A postulação cumulativa, visando à discussão do mesmo objeto, nas instâncias administrativa e jurisdicional, não é amparada no direito brasileiro (princípio da não cumulação), dando-se sempre prevalência, em face do regime constitucional de jurisdição una, às decisões judiciais. Tendo a empresa contribuinte optado por requerer ao Poder Judiciário a compensação de seus créditos oriundos de pagamentos a maior da contribuição para o Finsocial, renunciou à possibilidade de formular este mesmo requerimento na esfera administrativa. No caso concreto, a propositura de pedido de restituição/compensação perante a repartição fazendária na pendência do processo judicial conduz à declaração de inadmissibilidade daquele.”* (3º Conselho Federal de Contribuintes, 2ª Câmara, RO nº 129.416, Processo: 13805.005983/97-44, Rel. Daniele Strohmeier Gomes, J. 13/09/2005).

Por outra banda, calha frisar que a discussão, neste processo, restringe-se unicamente à multa prevista no art. 84, I, da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, e seus acréscimos legais, que foi aplicada à recorrente por ter classificado incorretamente, na Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM), a mercadoria que importou.

Consoante revelam os documentos dos autos, não houve descrição correta da mercadoria importada, de modo a tornar possível sua perfeita identificação sem margem de

dúvidas. Nota-se, a bem dizer, descrição de produto distinto do importado, buscando-se, ainda que involuntariamente, o afastamento de determinadas exigências tributárias, notadamente o *direito antidumping*, que na hipótese é de 60,3%.

Assim, o fato da mercadoria ter sido enquadrada pelo importador de forma errônea na NCM, pelas particularidades dos autos, dá ensejo à aplicação da multa preconizada no art. 84, I, da Medida Provisória nº 2.158-35/01. No entanto, a exigibilidade fica suspensa, condicionada à definição na ação ordinária da correta classificação fiscal. Como anotou o acórdão recorrido: “*Então, caso a classificação fiscal pretendida pela fiscalização seja mantida pelo Poder Judiciário estará estabelecido o erro de classificação fiscal e será, portanto, exigível a multa em questão*” (fl. 70-v).

Portanto, tenho que, no caso em julgamento, pelas particularidades que o cercam, a multa pela classificação incorreta deve ser mantida.

Consigne-se, de outra parte, que o auto de infração de fls. 1-9 se constitui meramente numa cautela adotada pelo Fisco para evitar eventual decadência do seu direito de constituir o crédito tributário, já que pelo tempo de trâmite da ação judicial (*ação ordinária nº 2006.71.07.002525-9-RS*) poderá, ao seu final, ter passado mais de 5 anos da ocorrência do fato gerador, inviabilizando o recolhimento do tributo (*multa pela classificação incorreta*). Nesse contexto, o lançamento tem por propósito unicamente prevenir a decadência, prosseguindo-se na exigência do tributo apenas e tão-somente se a decisão judicial vier a ser desfavorável à recorrente.

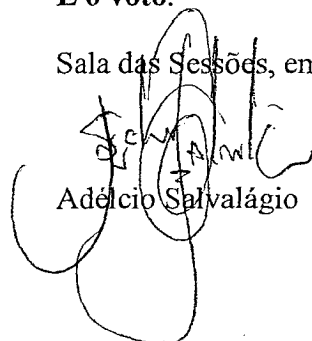
Aliás, a esse respeito, assim anota a decisão de 1º grau: “Entretanto, há que se reconhecer que qualquer tipo de cobrança DEVE SER SUSPENSO até o julgamento final da Ação Ordinária nº 2006.71.07.002525-9/RS em tramitação na Vara da Justiça Federal de Caxias do Sul – RS quando terão seguimento caso a União vença, ou o processo deverá ser arquivado, caso a União sucumba. Isso, entretanto, não invalida a presente constituição do crédito tributário que o Poder Judiciário, em decorrência, decidirá se será definitiva ou não quando encerrar o julgamento da referida ação ordinária” (fl. 70-v).

Como se vê, a exigibilidade do crédito representado pelo lançamento de fls. 1-8 acha-se suspensa, na espera do desfecho da ação ordinária promovida pela recorrente. Caso vencedora, ou seja, na hipótese do Judiciário reconhecer que a classificação que adotou para as mercadorias importadas (posição 8301.60.00, da NCM) é a correta, referido crédito tributário NÃO poderá ser cobrado. Do contrário, entendendo que a classificação imposta pelo Fisco na posição 8101.10.00, da NCM, é a que deve prevalecer, a União poderá cobrar-lhe, então, a importância representada pelo lançamento.

COM ESSES FUNDAMENTOS, conheço do recurso em parte, presente os requisitos de admissibilidade, e nego provimento.

É o voto.

Sala das Sessões, em 28 de abril de 2010


Adécio Salvalágio