



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

Processo nº 11042.000128/2004-35
Recurso nº 138.919 Voluntário
Acórdão nº 3102-00.058 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de março de 2009
Matéria II/IPI - FALTA DE RECOLHIMENTO
Recorrente EXCELL COMERCIAL DE PRODUTOS QUÍMICOS LTDA.
Recorrida DRJ - FLORIANÓPOLIS/SC

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO - II

Data do fato gerador: 04/10/2002

RENÚNCIA À INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL.

A propositura, pelo sujeito passivo, de ação judicial por qualquer modalidade processual, com objeto idêntico ao discutido no processo administrativo, importa renúncia às instâncias administrativas e a desistência do recurso interposto.

Recurso voluntário não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 1ª câmara / 2ª turma ordinária da terceira SEÇÃO DE JULGAMENTO, por unanimidade de votos, em REJEITAR as preliminares argüidas pela recorrente e, no mérito, por maioria de votos, em NÃO CONHECER do recurso, por haver concomitância com processo judicial, nos termos do voto da Relatora. Vencido o Conselheiro Marcelo Ribeiro Nogueira.


MERCIA HELENA TRAJANO D'AMORIM
Presidente e Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Corinto Oliveira Machado, Luciano Lopes de Almeida Moraes, Judith do Amaral Marcondes Armando, Beatriz Veríssimo de Sena, Ricardo Paulo Rosa e Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro.

Relatório

O interessado acima identificado recorre a este Conselho de Contribuintes, de decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Florianópolis/SC.

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida, às fls. 126/127, até então, que transcrevo, a seguir:

“Trata o presente processo de autuação para exigência do Imposto sobre Produtos Industrializados, juros de mora e multa de ofício no valor de R\$7.448,59, e Imposto de Importação, juros de mora e multa de ofício, bem como das multas regulamentar prevista no art. 633, II, “a” e § 2.º do Decreto n.º 4.543/2002 (RA) e proporcional ao valor aduaneiro prevista no art. 84, I da Medida Provisória n.º 2.158/2001, no valor de R\$41.262,22.

A autuação foi originada da verificação física efetuada na DI n.º 04/0122434-6, registrada em 09/02/2004, através da qual foi importado o produto descrito pela importadora como Dietanolamidas de Ácidos Graxos de C12 a C18, classificando-o no código da NCM 2924.19.94.

A Fiscalização, em conferência, retirou amostra para análise tendo obtido Laudo Técnico do Laboratório de Análises da Funcamp de n.º 0734.01 de fls. 36/37, com resultado divergente da classificação adotada pela interessada. Procedeu, então, à reclassificação do produto no código da NCM 3402.13.00 tendo em vista que a mercadoria não se tratava de um composto de constituição definida e sim de uma mistura de reação constituída de dietanolamidas de ácidos graxos. Assim a fiscalização lançou os tributos devidos pela alteração de alíquota, bem como as multas devidas por importação sem licenciamento (art. 633, II, “a”, do RA) e por classificação incorreta na NCM (art. 84, I, da MP n.º 2.158/2001).

O imposto de importação também foi exigido em função da desconsideração do Certificado de Origem apresentado pela interessada na importação em tela, tendo em vista que o produto certificado não correspondia ao importado.

DI n.º 04/0122434-6, objeto da autuação, encontra-se às fls. 19/23.

Fatura Comercial emitida pelo exportador American Chemical às fls. 24.

Certificado de Origem às fls. 30.

Devidamente intimada, a autuada apresentou impugnação de fls. 45/51 alegando o que segue:

1- Contesta a reclassificação fiscal defendendo que o produto em questão é uma dietanolamida de ácidos graxos e assim foi identificado tanto na fatura comercial como em todos os outros documentos. Aduz que se há alguma dúvida no confuso laudo apresentado pela fiscalização deve ser feita nova análise por outro laboratório. Entende que os outros laudos apresentados

(fls.61/68, 74/77 e 84/86) são suficientes para cancelar o lançamento de ofício.

2- A multa por falta de licenciamento também é indevida na medida que mesmo para a classificação pretendida pela fiscalização não há necessidade de licenciamento prévio.

3- Ao final pede que seja deferida a preliminar levantada de incompetência ou que seja determinada a realização de outro laudo técnico para declarar a insubsistência do Auto de Infração.

Durante a análise do processo foi obtida a informação de que a autuada ingressou com duas ações judiciais na 2.ª Vara Federal de Pelotas/RS em maio e junho de 2004. Uma, de nº 2004.71.10.002769-4, para discutir a mesma matéria da autuação. Outra, cautelar, de nº 2004.71.10.002142-4, apensada à anterior, em que obteve liminar para liberação das mercadorias relativas à DI nº 04/0396506-8. Estas informações encontram-se às fls. 103/123.

É o relatório. “

Foi prolatada decisão pelos membros da 2ª turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Florianópolis/SC- DRJ/FNS nº 07-8.660, de 06/10/06, cuja ementa de primeira instância foi assim redigida, *verbis*:

“Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Data do fato gerador: 09/02/2004

ESFERA JUDICIAL E ADMINISTRATIVA. CONCOMITÂNCIA.
RENÚNCIA À ESFERA ADMINISTRATIVA.

A propositura pelo contribuinte de ação judicial contra a Fazenda Nacional, com o mesmo objeto do auto de infração, configura renúncia às instâncias administrativas, cabendo à autoridade onde se encontra o processo de determinação e exigência do crédito tributário não conhecer da petição e declarar a definitividade da exigência na esfera administrativa.

Impugnação Não Conhecida.”

Inconformado, o interessado apresenta, tempestivamente, recurso, às fls. 131/140, repisando os mesmos argumentos anteriores. Ressaltando, sobre incompetência do autuante.

O processo foi distribuído a esta Conselheira, numerado até a fl. 150 (última), que trata do trâmite dos autos no âmbito deste Conselho.

É o Relatório.

Voto

Conselheira MÉRCIA HELENA TRAJANO D'AMORIM, Relatora

O recurso é tempestivo e atende aos requisitos de admissibilidade, razão por que dele tomo conhecimento de forma parcial.

O recurso pode ser conhecido no que se refere à discussão sobre a competência da autoridade administrativa para lançar o auto de infração.

O Decreto-Lei nº 37/66, art. 54, e o art. 744 do Decreto nº 6.759, de 05/02/2009, que trata da constituição dos créditos tributários apurados em procedimento de fiscalização, dispõe:

“Art. 744. Sempre que for apurada infração às disposições deste Decreto, sujeita a exigência de tributo ou de penalidade pecuniária, a autoridade aduaneira competente deverá efetuar o correspondente lançamento para fins de constituição do crédito tributário (Lei nº 5.172, de 1966, art. 142).”

A competência da autoridade administrativa está prevista no art. 142 do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.”

O Decreto nº 70.235/1972, que regula o processo administrativo fiscal, versa que a lavratura de auto de infração pode ocorrer em jurisdição diversa da do domicílio tributário do contribuinte:

“Art. 9º A exigência de crédito tributário, a retificação de prejuízo fiscal e a aplicação de penalidade isolada serão formalizadas em autos de infração ou notificações de lançamento, distintos para cada imposto, contribuição ou penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito.

§ 1º Os autos de infração e as notificações de lançamento de que trata o caput deste artigo, formalizados em relação ao mesmo sujeito passivo, podem ser objeto de um único processo, quando a comprovação dos ilícitos depender dos mesmos elementos de prova.

§ 2º Os procedimentos de que tratam este artigo e o art. 7º serão válidos, mesmo que formalizados por servidor competente de jurisdição diversa da do domicílio tributário do sujeito passivo.

§ 3º A formalização da exigência, nos termos do parágrafo anterior, previne a jurisdição e prorroga a competência da autoridade que dela primeiro conhecer. (grifei)

Assim sendo, a lavratura do auto de infração na unidade aduaneira onde foi processado o despacho aduaneiro é legal, considerando-se, inclusive, a competência do Auditor Fiscal que origina de atividade vinculada e obrigatória.

Dispõe, ainda, o Art. 59 do Decreto nº 70.235/1972:

“São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

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

§ 1.º. A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2.º. Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3.º. Quando puder decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Acrescido pelo art. 1º da Lei nº 8.748/1993).”

Assim sendo, não resta dúvida que o auto de infração foi lavrado por servidor competente e que a formalização da exigência fiscal foi realizada com estrita observância das normas de regência, contidas no CTN e no PAF, não há que se falar em nulidade do auto de infração.

Afastada a preliminar, percebe-se que a situação fática da autuação tem o mesmo objeto da apreciação do Poder Judiciário, ou seja, a classificação fiscal de seus produtos.

A decisão a quo bem analisa o tema:

“De pronto há que se fazer a devida ressalva quanto à existência de ações judiciais impetradas pela interessada em maio e junho de 2004.

Estas ações, cujas cópias das iniciais e consulta ao sistema de acompanhamento dos processos da Justiça Federal/RS constam às fls. 103/123, consistem no seguinte:

1.º) Ação Cautelar n.º 2004.71.10.002142-4 com pedido de liminar deferido para liberação de mercadorias importadas através da DI n.º 04/0396506-8. O fundamento do pedido é que a importação era do produto REXAMIDA 60 (dietanolamidas de ácidos graxos) e que a fiscalização havia apresentado um laudo técnico (UNICAMP n.º 0734.01, Lab 0514) obtido da análise do mesmo produto importado através de outra DI de n.º 04/0122434-6 com a conclusão que se tratava de outro produto.

Apresentou argumentos para defender a classificação que adotou na importação e solicitou a liberação da mesma. Foi deferida a liminar e o processo foi apensado ao de n.º 2004.71.10.002769-4.

2.ª) Ação Ordinária n.º 2004.71.10.002769-4 com pedido de antecipação de tutela indeferido para discutir a matéria litigiosa presente na importação da DI n.º 04/0396506-8. Nesta ação a importadora discute a reclassificação procedida pela fiscalização aduaneira do produto REXAMIDA 60. Alega que a fiscalização utilizou o laudo obtido do exame do produto da DI n.º 04/012434-6 (a que se refere o presente Auto de Infração) e discute os critérios de classificação tanto do produto REXAMIDA 60 como o REXAMIDA 80. Cita e transcreve laudos do exportador uruguaio (Latu - Laboratorio Tecnológico Del Uruguay), do Laboratório Pró-Ambiente de n.ºs LQ 2068/04 e 2069/04 e um Parecer Técnico do Prof. Marco Antônio Dexheimer. Trata também da questão do Certificado de Origem não aceito pela fiscalização. Solicitou antecipação de tutela para que a autoridade fiscal se abstivesse de utilizar o laudo da UNICAMP n.º 0734.01, Lab 0514, para impedir o trânsito das mercadorias e cita os processos administrativos das autuações já procedidas pela fiscalização sobre o mesmo assunto. São eles: 11042.000133/2004-48, 11042.000138/2004-71, 11042.000139/2004-15, 11042.000149/2004-51, 11042.000147/2004-61, 11042.000137/2004-26, 11042.000136/2004-81 e 11042.000128/2004-35 (presente processo).

Portanto conclui-se claramente que os objetos das ações judiciais e da autuação fiscal são exatamente os mesmos: a classificação tarifária dos produtos REXAMIDA 60 e 80. (dietanolamidas de ácidos graxos). Se ainda houvesse alguma dúvida acerca da identidade dos objetos, ela é afastada com a citação do presente processo fiscal na petição judicial."

Está pacificamente assentado, na esfera administrativa, o entendimento de que a opção do contribuinte pela via judicial implica renúncia às instâncias julgadoras da via administrativa ou desistência de eventual recurso interposto, no caso de o objeto da lide ser idêntico em ambas. E que diante do dispositivo constitucional há prevalência da esfera judicial sobre a administrativa.

Tal dispositivo encontra-se em consonância com o princípio constitucional da unidade de jurisdição, consagrado no art. 5º, XXXV da Constituição Federal/88, segundo o qual a decisão judicial sempre prevalece sobre a administrativa. Desse modo, a ação judicial tratando de determinada matéria infirma a competência administrativa para decidir de modo diverso, uma vez que, se todas as questões podem ser levadas ao Poder Judiciário, a ele é conferida a capacidade de examiná-las de forma definitiva e com o efeito de coisa julgada.

A respeito, já dispunha a Lei nº 6.830/1980, em seu art. 38, parágrafo único, que a propositura, pelo contribuinte, de mandado de segurança importa renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.

Cumprе ressaltar que o mesmo tratamento foi adotado pelo Ministro de Estado da Fazenda no art. 26 da Portaria nº 258/2001, ao estabelecer que a propositura pelo contribuinte contra a Fazenda Nacional de ação judicial com o mesmo objeto importa a desistência do processo.

Portanto, a propositura de ação judicial pela recorrente, em razão disso, nos pontos em que haja idêntico questionamento, torna ineficaz o processo administrativo. De fato, havendo o deslocamento da lide para o Poder Judiciário, perde o sentido a apreciação da mesma matéria na via administrativa. Do contrário, ter-se-ia a absurda hipótese de modificação de decisão judicial transitada em julgado e, portanto, definitiva, pela autoridade administrativa.

Assim sendo, a coisa julgada a ser proferida no âmbito do Poder Judiciário, jamais pode ser alterada no processo administrativo, pois tal procedimento fere a Constitucional Federal que adota o modelo de jurisdição una, em que são soberanas as decisões judiciais.

Dessa forma, tendo a interessada buscado a via judicial para resguardar sua pretensão, renunciando à instância administrativa, nos termos do Ato Declaratório (Normativo) nº 3/96 do Coordenador-Geral do Sistema de Tributação da Secretaria da Receita Federal.

Logo, a constituição do crédito tributário, visando prevenir a decadência, não deve ser confundida com algum procedimento fiscal visando efetivar cobrança e/ou a execução de crédito.

Nesse sentido dispõe, também, o Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes:

“Art. 59. Em qualquer fase processual o recorrente poderá desistir do recurso em tramitação.

§ 1º A desistência será manifestada em petição ou a termo nos autos do processo.

§ 2º O pedido de parcelamento, a confissão irretratável da 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.”

Por todo o exposto e por tudo o mais que do processo consta, deve ser afastada a preliminar suscitada e no mérito, por não caber o pronunciamento administrativo referente à matéria, voto por que não se tome conhecimento do presente recurso, restando apenas o encaminhamento do processo à unidade da RFB de origem para aguardar o trânsito em julgado da ação judicial, prejudicados os demais argumentos.

Sala das Sessões, em 26 de março de 2009.


MERCIA HELENA TRAJANO D'AMORIM