



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

Processo nº 11050.001270/2007-43
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3402-002.016 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de fevereiro de 2013
Matéria PAF. CONCOMITÂNCIA.
Recorrente FERTILIZANTES PIRATINI LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 25/08/2004, 04/10/2005, 18/09/2006, 08/06/2007

Ementa:

DECISÃO JUDICIAL COM TRÂNSITO EM JULGADO. LANÇAMENTO COMBATIDO NA VIA ADMINISTRATIVA. CONCOMITÂNCIA.

A opção pela via judicial importa em renúncia aos recursos administrativos interpostos em face do lançamento, ainda que a decisão judicial tenha transitado em julgado anteriormente à decisão na esfera administrativa. ADN Cosit nº 3/96. Coincidente a matéria posta em litígio em ambas as esferas, a decisão judicial prevalecerá sobre a administrativa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, negar provimento ao recurso voluntário, vencido o Conselheiro João Carlos Cassuli Junior (Relator). Designado o Conselheiro Mário César Fracalossi Bais para redigir o voto vencedor.

(assinado digitalmente)

Gilson Macedo Rosenburg Filho – Presidente Substituto

(assinado digitalmente)

Mário César Fracalossi Bais – Relator Designado

(assinado digitalmente)

João Carlos Cassuli Junior - Relator

Participaram ainda do presente julgamento os Conselheiros Sílvia de Brito Oliveira, Adriana Oliveira Ribeiro e Francisco Maurício Rebelo de Albuquerque Silva.

CÓPIA

Relatório

Versa o processo de Autos de Infração para exigência do crédito tributário relativo aos impostos de Importação – R\$162.458,30 e IPI – R\$ 154.335,36, acrescidos da multa de ofício de 75% e juros de mora, e ainda multa regulamentar – R\$ 13.538,17 proporcional ao valor aduaneiro de 1% em função da reclassificação fiscal do produto AGROTAIN, classificado pelo importador no código NCM 2929.90.90 quando o correto, segundo a fiscalização, seria o código NCM 3824.90.89.

Em 14/09/2005, com base na ficha técnica e laudo técnico referente a uma importação anterior (DI nº 05/0084672-8), a fiscalização intimou o contribuinte a reclassificar o produto para NCM 3824.90.89, a recolher as diferenças tributárias e a inserir a expressão "aditivo em solventes orgânicos oxigenados a base de tetrahydrofurano e metilpirrolidona".

Divergindo das exigências impostas pela fiscalização o sujeito passivo ajuizou ação ordinária na 1ª Vara Federal de Rio Grande quanto ao despacho aduaneiro da DI nº 05/0942009-0, obtendo antecipação de tutela no sentido de manter a classificação da mercadoria em 2929.90.90.

Após perícia com emissão de laudo, confirmou-se um erro na classificação fiscal sendo revisados os despachos aduaneiros efetuados pelo sujeito passivo, exceto com relação à DI nº 05/0942009-0, objeto do litígio acima abordado, sendo lançado em separado para prevenção da decadência.

IMPUGNAÇÃO

Cientificado do despacho decisório em 30/07/2007, o sujeito passivo apresentou em 29/08/2007 (fls. 126/164) sua Impugnação com os argumentos abaixo expostos:

Afirma que a dúvida quanto à classificação do Inibidor de Urease AGROTAIN foi superada na importação feita em março de 2005, sob a DI nº 05/0084672-8, que havia classificado o produto na posição 2926.90.99, e a RFB, após a realização de Laudo Pericial, determinou a reclassificação para NCM 2929.90.90. Em função disto foi multada em R\$ 3.987,40 e pagou o valor de R\$ 62.884,55 a título de tributos e multa.

Informa que o AGROTAIN já havia sido objeto de importações por outra empresa e que para a RFB o mesmo se encontrava classificado na NCM 2929.90.90.

Explica que na importação posterior do AGROTAIN, objeto da DI nº 05/0942009-0 de Setembro de 2005, recebeu o termo de intimação para (i)recolher as diferenças tributárias devidas pela reclassificação do produto para NCM 3824.90.89,(ii) recolher a Multa de ofício e protocolar solicitação de retificação para alterar a NCM e inserir a expressão "aditivo em solventes orgânicos oxigenados à base de tetrahydrofurano e metilpirrolidona". Alega que a Autoridade Aduaneira lhe esclareceu que não houve cobrança de multa, diante do fato de estar utilizando a NCM exigida pela fiscalização durante o despacho da DI nº 05/0084672-8, onde a classificação por ele adotada era NCM 2926.90.89 sendo retificada para NCM 2929.90.90.

Irresignada com o equívoco administrativo expõe ter ingressado com ação judicial — processo n.º 2005.71.01.003325-91, visando à inexigibilidade da exação fiscal, obtendo antecipação de tutela.

Aborda quanto à mudança de critério jurídico pelo Fisco que a mesma não pode ter efeito retroativo e que somente pode ser exigido do sujeito passivo a obrigação tributária decorrente desta alteração para as importações feitas a partir de 15/09/2005.

Aduz que a multa de 75% não é aplicável posto ser restrita aos casos de omissão ou negligência do contribuinte e ainda, que não pode ser instaurado procedimento administrativo relativo à matéria discutida judicialmente, nos casos de obtenção de medida de suspensão da exigibilidade do tributo, que não seja com o fito de prevenir a decadência, sendo portanto incabível a multa de ofício em função de posições divergentes da Autoridade Administrativa. Frisa que a autuação é nula, porque cuida de matéria afeta a ordem judicial suspensiva e não possui condão preventivo quanto à eventual decadência.

Traz extensa explicação dos motivos que considera correta sua classificação fiscal do produto, salientando que a adição de solventes orgânicos tem função de estabilidade e sem ela se torna inviável a comercialização, não se constituindo em produto novo. Traz, com a Nota 01 do Capítulo 29 da TIPI/02 o argumento de que “a adição de solventes orgânicos é permitida desde que não tome o produto para uso específico que era inexistente até a sua adição”.

Enfatiza que a fiscalização não comprovou/demonstrou a modificação do produto e que a adição da solução orgânica tetrahidrofurano e nmetilpirrolidona não cria um uso específico diverso do uso ou aplicação geral do princípio ativo.

Alega que não há razão para classificação de rubrica residual no capítulo 38 da TIPI/02 por ser um composto orgânico de constituição química definida.

Concorda que o produto AGROTAIN foi enquadrado corretamente pela Autoridade Aduaneira de Paranaguá, pois que, embora tenha como característica a função nitrogenada (amida), como vislumbrado no Laudo Pericial Aduaneiro, se enquadra na posição 29.29, não permitindo sua classificação nas subposições ali contidas.

Afirma ter solicitado ao Prof Dr. José Schifino laudo técnico do produto AGROTAIN (fls 265/271) concluindo que “o solvente orgânico empregado serve unicamente para dar estabilidade ao princípio ativo, facilitando o seu transporte e manuseio, sem qualquer interferência na finalidade do produto” e traz esclarecimentos do inventor do AGROTAIN, por tradutor juramentado (fl. 268), que informam que o ingrediente ativo NBPT não é produzido ou manejado como um material em separado, por ser ceroso e instável.

Por fim requer a improcedência do Auto de Infração por entender correta sua classificação fiscal e como alternativa, requer a improcedência da autuação relativa a importação feita em 25/08/2004, por ser anterior a mudança de critério da fiscalização e a improcedência da multa por estar amparada por ordem judicial.

Menciona que em março de 2009, o contribuinte apresentou um requerimento visando a extinção do processo, em função da Ação Ordinária n.º 2005.71.01.003325-91 da 1ª Vara Federal de Rio Grande ter sido julgada procedente.

DO JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 24/04/2013 por JOAO CARLOS CASSULI JUNIOR, Assinado digitalmente em 25/0

9/2013 por GILSON MACEDO ROSENBERG FILHO, Assinado digitalmente em 25/04/2013 por MARIO CESAR FRACAL

OSSI BAIS, Assinado digitalmente em 24/04/2013 por JOAO CARLOS CASSULI JUNIOR

Impresso em 01/10/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Em análise e atenção aos pontos suscitados pela interessada na defesa apresentada, a 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Florianópolis/SC, proferiu o Acórdão de nº. **07-25.917**, nos seguintes termos:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 25/08/2004, 04/10/2005, 18/09/2006, 08/06/2007

AÇÃO JUDICIAL. AUTO DE INFRAÇÃO. CONCOMITÂNCIA DE OBJETO.

A existência de ação judicial em que se discute matéria com idêntico objeto importa em renúncia às instâncias recursais administrativas

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Em síntese, o voto vencedor condutor da decisão da DRJ/FLO, entendeu que o fato de o sujeito passivo ter ingressado em juízo com ação judicial em que pleiteou fosse “declarada correta a classificação fiscal NCM 2929.90.90 para o produto AGROTAIN (Inibidor da Enzima Urease)”, mesmo com trânsito em julgado, importaria em renúncia às instâncias administrativas, e, conseqüentemente, seria caso de decretar a concomitância na parte que houvesse identidade de objetos. No tocante à parte não idêntica, referente à alegação de alteração de critério jurídico, entendeu que não seria um direito adquirido do sujeito passivo, por se tratar de matéria fáctica, e, finalmente, manteve a multa aplicada, por entende-la cabível sempre que há lançamento de ofício.

DO RECURSO

Cientificado da decisão de 1ª instância, e não concordando com os termos em que foi proferida, o sujeito passivo apresentou tempestivamente, em 14/12/2011 seu Recurso Voluntário dirigido à este Conselho, repisando os argumentos já utilizados, argumentando ainda suas razões, resumidamente, em 5 (cinco) principais títulos:

- i) Da prevalência da decisão judicial transitada em julgado: extinção do crédito tributário e nulidade do auto de infração;
- ii) Da mudança de critério jurídico e sua aplicação temporal: Nulidade do auto de infração frente à irretroatividade das normas tributárias;
- iii) Da mudança de critério jurídico e sua aplicação temporal: nulidade do auto de infração frente à sua ilegalidade;
- iv) Da ilegalidade da cobrança de multas e de juros de mora: inteligência do Art. 100, Parágrafo único do CTN;
- v) Aplicação da multa prevista na Lei 9.430/96: o contribuinte repisou o argumento em sede de impugnação.

Ao final o contribuinte requer a procedência do recurso voluntário, ou, alternativamente, a reforma da decisão de 1º grau recorrida, cancelando-se total ou parcialmente o Auto de Infração, pelas razões expostas.

DA DISTRIBUIÇÃO

Tendo o processo sido distribuído a esse relator por sorteio regularmente realizado, vieram os autos para relatoria, por meio de processo eletrônico, em 2 (dois) Volumes, numerado até a folha 388 (trezentos e oitenta e oito), estando apto para análise desta Colenda 2ª Turma Ordinária, da 4ª Câmara, da 3ª Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro João Carlos Cassuli Junior, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo, atendendo os pressupostos de admissibilidade, devendo-se dele, portando, tomar conhecimento.

A questão posta sob julgamento diz respeito à revisão aduaneira em função da reclassificação fiscal do produto AGROTAİN, classificado pelo importador no código NCM 2929.90.90 quando o correto, segundo a fiscalização, seria o código NCM 3824.90.89. Defende que Recorrente que a mercadoria importada seria um produto de constituição química definida, enquanto que a Administração Tributária entende que referido produto é na verdade uma preparação (mistura).

Consta dos autos que a fiscalização intimou a Recorrente a reclassificar o produto para NCM 3824.90.89, a recolher as diferenças tributárias e a inserir a expressão "aditivo em solventes orgânicos oxigenados a base de tetrahidrofurano e metilpirrolidona", sendo que o contribuinte, divergindo das exigências impostas pela fiscalização, ajuizou ação ordinária na 1ª Vara Federal de Rio Grande quanto ao despacho aduaneiro da DI n.º 05/0942009-0, obtendo antecipação de tutela no sentido de manter a classificação da mercadoria na posição NCM 2929.90.90.

Referida ação judicial, no entanto, tinha espectro maior que simplesmente a DI n.º 05/0942009-0, eis que pleiteou que "...fosse declarada correta a classificação fiscal NCM 2929.90.90 para o produto AGROTAİN (Inibidor da Enzima Urease), (...)", tendo, assim, nítido cunho declaratório quando a correta classificação fiscal daquele produto, produzindo efeitos, portanto, não só para a referida Declaração de Importação, mas também para as demais importações que envolvessem o mesmo produto.

Após tramitação regular, inclusive com realização de perícia técnica, a ação judicial foi julgada procedente, tendo acendido ao TRF da 4ª Região, onde foi prolatado o v. Acórdão nos autos da Apelação Cível e Reexame Necessário nº 2005.71.01.003325-9/RS, o qual transitara em julgado em 04.02.2009, conforme se colhe do documento de folhas 387 (numeração eletrônica), de modo que há, em favor da Recorrente, coisa julgada judicial reconhecendo e declarando como correta a classificação fiscal do produto Agrotrain na posição NCM 2929.90.90. Vejamos a Ementa do referido Acórdão:

“TRIBUTÁRIO. ADUANEIRO. CLASSIFICAÇÃO FISCAL. NCM. INTERPRETAÇÃO.

1. Controverte-se sobre a correta classificação fiscal NCM para o produto AGROTAİN (Inibidor de Enzima Urease).

2. A posição apontada pelo contribuinte-importador (NCM 2929.90.90) é a correta. Primeiro, porque a prova pericial a justifica. Segundo, porque há dúvida razoável no enquadramento do produto (reconhecida até pela própria UNIÃO – foram produzidas duas análises antagônicas no âmbito da Receita

Federal, mesmo que se alegue sejam elas complementares). E, diante da dúvida no enquadramento de um produto entre uma posição específica e outra geral, deve prevalecer a específica.

3. Inteligência da Regra de Interpretação '3.a' das Normas do Sistema Harmonizado."

A questão de mérito, portanto, está resolvida pelo Judiciário.

Assim sendo, em que pese as diversas questões postas sob julgamento nos autos, tenho que o que cumpre ao Colegiado Administrativo julgar é unicamente se houvera concomitância entre a ação judicial e o Auto de Infração, ou então, qual o efeito da decisão judicial transitada em julgado sobre a matéria sob julgamento.

E, nesse sentido, embora se pudesse, sim, haver concomitância entre os feitos judicial e administrativo, entendo que o fato de ter havido decisão judicial transitada em julgado no feito judicial, afasta referida prejudicial, de modo que deve sim os efeitos da decisão judicial serem reconhecidos e observados pela Administração Tributária, até porque, a União Federal foi parte no processo judicial.

Consequentemente, entendo que não há concomitância entre processo administrativo com processo judicial que já tenha transitado em julgado. Havendo trânsito em julgado, deve-se sim, aplicar a decisão judicial, seja ela contrária ou favorável ao contribuinte. É dizer: se o Judiciário houvesse pronunciado que a classificação correta é aquela apontada pela Administração, dever-se-ia adentrar ao mérito e julgar procedente o lançamento. Em lado diametralmente oposto, tendo a decisão judicial reconhecido que a classificação correta é aquela empregada pelo contribuinte, igualmente é caso de se aplicar a decisão ao caso em concreto, e não simplesmente não se conhecer do recurso por concomitância.

Nesse sentido, comungo do entendimento exarado no voto vencido proferido pela Julgadora Rosane Oliveira de Souza Jung, no âmbito da DRJ/Florianópolis, que posicionou-se nos seguintes termos:

"Assim, como visto, o objeto principal desta lide é o mesmo da ação judicial, a qual, como demonstrado acima, já se pronunciou definitivamente sobre a questão em favor da classificação fiscal adotada pela contribuinte. Portanto, este entendimento deve ser acatado no âmbito administrativo.

(...)

Portanto, em vista de que há decisão judicial transitada em julgado, ainda que aquela se refira especificamente a outro lançamento fiscal, mas que, no mérito, trata da mesma matéria fática e jurídica posta neste processo, com relação a este mesmo contribuinte, a qual foi embasada em laudos e pareceres de quatro profissionais habilitados que opinaram pela classificação do produto na posição NCM 2929.90.90 da TIPI/02, acatada em juízo, conforme toda a motivação do voto da relatora, acima transcrito, resta prejudicada a análise do mesmo objeto por este colegiado.

E, em que pese a possibilidade de continuação do litígio administrativo no tocante à matéria diferenciada, não há

sentido em se dar prosseguimento ao presente processo, frente à decisão favorável obtida pela contribuinte que prejudica as demais questões postas a julgamento.

Por todo o exposto, voto por julgar procedente a impugnação, exonerando o crédito tributário lançado.”

Se é certo que a propositura de ação judicial antes ou posteriormente a autuação, com o mesmo objeto, importa renúncia às instâncias administrativas, não menos certo é que a existência de decisão judicial transitada em julgado, impõe seu cumprimento pela Administração Pública, seja-lhe favorável ou contrária, de modo que entendo que não prevalece a concomitância entre processos administrativo e judicial quando houver trânsito em julgado da decisão judicial, a qual deverá, obrigatoriamente, ser observada pela Administração na emissão de seus atos.

Entendo, assim, que estando decidida a questão de mérito em prol da classificação fiscal apontada pelo sujeito passivo, a partir de sentença judicial transitada em julgado, deve ser reconhecida a improcedência do lançamento tributário que pretendia reclassificar o referido produto em outra posição.

Ante o exposto, voto no sentido de **dar provimento** ao Recurso Voluntário.

(assinado digitalmente)

João Carlos Cassuli Junior – Relator.

Voto Vencedor

Conselheiro Mário César Fracalossi Bais, Relator Designado.

O recurso voluntário foi interposto tempestivamente e a representação processual do autuado se encontra regular.

Com fundamento no trânsito em julgado de decisão que lhe foi favorável, o sujeito passivo pretende seja anulado o lançamento ou então seja julgada improcedente a autuação.

O objeto do processo judicial e do presente lançamento é idêntico: a classificação fiscal do produto de nome comercial Agrotain.

Por ter sido levada a discussão de mérito ao conhecimento e pronunciamento definitivo dos órgãos judiciais competentes para decidir a questão, com força de coisa julgada, a autoridade administrativa deve deixar de se pronunciar, devido ao princípio da unicidade da jurisdição e à prevalência hierárquica da decisão judicial sobre a administrativa.

Assim, uma vez que a matéria suscitada nos autos já foi submetida ao Poder Judiciário, não cabe analisá-la na esfera administrativa. Isso porque a coisa julgada no âmbito do Poder Judiciário não pode ser alterada, a não ser por esse próprio Poder (mediante ação rescisória), sendo constitucional a jurisdição una, na qual são soberanas as decisões do Poder Judiciário. Então, a decisão judicial prolatada necessariamente tem que ser cumprida por ambas as partes envolvidas, em obediência aos termos dos artigos 468 e 472, do Código de Processo Civil, instituído pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que assim dispôs:

“Art. 468 – A sentença que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.”

“Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros.(...)”

Dessa forma, uma vez que a sentença faz lei entre as partes, não é permitido à contribuinte, nem mesmo à autoridade administrativa modificá-la, devendo ser aplicada nos exatos termos em que foi passada.

A propósito, ressalte-se que a posição predominante sempre foi nesse sentido, como pode ser verificado pelo Parecer da Procuradoria da Fazenda Nacional publicado no Diário Oficial da União de 10/07/1978, pág. 16.431, e cujas conclusões são as seguintes:

“32. Todavia, nenhum dispositivo legal ou princípio processual permite a discussão paralela da mesma matéria em instâncias diversas, sejam administrativas ou judiciais ou uma de cada natureza.”

33. Outrossim, pela sistemática constitucional, o ato administrativo está sujeito ao controle do Poder Judiciário, sendo este último, em relação ao primeiro, instância superior ou

autônoma . SUPERIOR, porque pode rever, para cassar ou anular, o ato administrativo; AUTÔNOMA, porque a parte não está obrigada a percorrer as instâncias administrativa, para ingressar em juízo. Pode fazê-lo diretamente.

34. Assim sendo, a opção pela via judicial importa em princípio, em renúncia às instâncias administrativas ou desistência de recurso acaso formulado.

35. Somente quando a pretensão judicial tem por objeto o próprio processo administrativo (v.g. a obrigação de decidir de autoridade administrativa; a inadmissão de recurso administrativo válido, dado por intempestivo ou incabível por falta de garantia ou outra razão análoga) é que não ocorre renúncia à instância administrativa, pois aí o objeto do pedido judicial é o próprio rito do processo administrativo.

36. Inadmissível, porém, por ser ilógica e injurídica, é a existência paralela de duas iniciativas, dois procedimentos, com idêntico objeto e para o mesmo fim.”

Com efeito, a coisa julgada no âmbito do Poder Judiciário jamais pode ser alterada em processo administrativo, pois tal procedimento afronta a Constituição Federal, que adota o modelo de jurisdição una, onde são soberanas as decisões judiciais. Não cabe, por conseguinte, a este Conselho decidir sobre matéria já levada ao julgamento do Poder Judiciário, cuja decisão final será soberana e acatada também na via administrativa.

O Poder Judiciário detém o monopólio da jurisdição judicial e as suas decisões tem força de coisa julgada, ou seja, são definitivas e irreformáveis (CF, art. 5º XXXVI). É incompatível, portanto, a concomitância de processo administrativo e judicial com o mesmo objeto, eis que a decisão judicial é que vinculará as partes.

A propositura da ação judicial, no caso, importou em renúncia à esfera administrativa, no tocante aos aspectos discutidos no Judiciário. É o que estabelece o ATO DECLARATÓRIO NORMATIVO COSIT Nº 3, de 14/02/96: “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”.

Deve-se declarar a definitividade das exigências formuladas no presente processo, por renúncia à esfera administrativa, sem prejuízo de a autoridade incumbida da cobrança aplicar a decisão judicial ao lançamento combatido.

Ante o exposto, voto por **negar provimento** ao Recurso Voluntário.

(assinado digitalmente)

Mário César Fracalossi Bais – Relator Designado.

CÓPIA