



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA**

Processo nº : 11128.003334/98-01
Recurso nº : 130.051
Acórdão nº : 301-31.993
Sessão de : 10 de agosto de 2005
Recorrente(s) : FMC DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
Recorrida : DRJ – SÃO PAULO

OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL - RENÚNCIA À ESFERA ADMINISTRATIVA - Tendo o contribuinte optado pela discussão da matéria perante o Poder Judiciário, há renúncia às instâncias administrativas não mais cabendo, nestas esferas, a discussão da matéria de mérito, debatida no âmbito da ação judicial. LANÇAMENTO DE TRIBUTOS.MEDIDA JUDICIAL.A existência de sentença judicial não impede o lançamento de ofício efetivado com observação estrita dos limites impostos pelo Judiciário.

RECURSO NÃO CONHECIDO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, pelo voto de qualidade, não conhecer do recurso por opção pela via judicial, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Luiz Roberto Domingo, Susy Gomes Hoffmann, Atalina Rodrigues Alves e Carlos Henrique Klaser Filho.


OTACÍLIO DANTAS CARTAXO
Presidente


VALMAR FONSECA DE MENEZES
Relator

Formalizado em: **28 ABR 2006**

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: José Luiz Novo Rossari e Irene Souza da Trindade Torres. Fez sustentação oral o advogado Dr. Gustavo Piovesan Alves – OAB/SP nº 148.681.

Processo nº : 11128.0003334/98-01
Acórdão nº : 301-31.993

RELATÓRIO

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida, que transcrevo, a seguir.

“A interessada submeteu a despacho, através da Declaração de Importação nº 98/0110078-8 (fl. 10), o produto descrito como CARBOFURAN, mercadoria destinada à preparação de inseticidas para uso exclusivo na agricultura, classificando-o no código 2932.99.14, relativo a Outros compostos heterocíclicos exclusivamente de heteroátomo(s) de nitrogênio.

Retirada amostra da referida mercadoria quando do despacho aduaneiro, foi elaborado Laudo Técnico do LABANA (fl. 22), o qual concluiu que o produto tratava-se, na verdade, de preparação inseticida à base Metil Carbamato de 2,3-Di-Hidro-2,2-Dimetil-7-Benzofuralina (Carbofuran) e Lignossulfonato, na forma de pó.

O Fisco, com base no mencionado laudo do LABANA, desconsiderou a classificação utilizada pelo importador, enquadrando a mercadoria no código 3808.10.29 (Inseticidas apresentados em quaisquer formas ou embalagens para venda a retalho ou como preparações ou ainda sob a forma de artigos, tais como fitas, mechas e velas sulfuradas e papel mata-moscas), do que resultou que resultou insuficiência de recolhimento de tributo em função de alíquota maior para o Imposto de Importação.

Em razão dessa divergência, foi lavrado Auto de Infração (fls. 1 a 2) para exigência de Imposto de Importação, juros e multa de ofício, por declaração inexata, prevista no art. 44, I da Lei 9.430/96.

Inconformada com a autuação, a interessada impugnou às fls. 40 a 44, alegando, em síntese, que:

- o produto importado foi corretamente classificado;
- o Carbofuran é um produto técnico que deverá ser processado para que se obtenha o resultado a que se destina, ou seja, ser utilizado como um inseticida;
- na concentração em que se encontra, o produto Carbofuran não tem aplicação para pronto uso e nem se trata de uma preparação;
- requer novo exame pericial; e
- requer a improcedência da ação fiscal.

Processo nº : 11128.0003334/98-01
Acórdão nº : 301-31.993

Tendo em vista que a solução do litígio demandava melhores esclarecimentos técnicos, foi o presente seja transformado em diligência e encaminhado para a Alfândega do Porto de Santos (fl. 84), para que fosse providenciado laudo complementar, tendo obtido como resposta a Informação Técnica nº 096/2000 do LABANA.

O Carbofuran foi identificado como preparação inseticida intermediária à base Metil Carbamato de 2,3-Di-Hidro-2,2-Dimetil-7-Benzofuralina (Carbofuran) e Lignossulfonato, na forma de pó, sendo este último um aditivo, adicionado com a finalidade de facilitar a dispersão ou suspensão do ingrediente ativo Carbofuran.

Regularmente notificada da diligência, a interessada manifestou-se (fls. 115 a 119) alegando, em síntese, que:

- o laudo atesta que o Carbofuran trata-se de produto técnico para a formulação de inseticida e que a adição de lignossulfonato não retira-lhe essa condição;

- a adição de lignossulfonato não permite enquadrar a mercadoria no código 3808.10.29, por se tratar de aditivo inerte;

- anexa laudo do INT onde consta que o Carbofuran não se trata de preparação; e

- na hipótese de dúvidas, deve ser feita nova perícia pelo INT.”

A Delegacia de Julgamento proferiu decisão, nos termos da ementa transcrita adiante:

“Assunto: Imposto sobre a Importação - II

Data do fato gerador: 04/02/1998

Ementa: Classificação Fiscal.

O produto identificado pelo LABANA como preparação inseticida intermediária à base de Carbofurano e Lignossulfonato apresenta correta classificação tarifária no código 3808.10.29, sendo cabíveis os juros de mora, aplicados em função de falta de recolhimento de tributo pela alíquota correta, além da multa de ofício por declaração inexata.

Lançamento Procedente”

Inconformada, a contribuinte recorre a este Conselho, conforme petição, inclusive repisando argumentos.

É o relatório.

Processo nº : 11128.0003334/98-01
Acórdão nº : 301-31.993

VOTO

Conselheiro Valmar Fonsêca de Menezes, Relator

Verifico, inicialmente, que após a interposição do recurso voluntário (fl. 102, em 10/12/03), a interessada apresenta requerimento (fl. 185), onde pleiteia o cancelamento do auto de infração, tendo em vista decisão judicial que junta à fl. 186, que declarou como correta a classificação tarifária que adotou.

Examinando-se tal documentação (fls. 186/194), depreende-se que:

- A autuada ajuizou ação objetivando a nulidade do auto de infração correspondente ao processo de no. 11128.001845/95-28, que se refere à classificação fiscal do produto denominado “carbofuran técnico” (fl. 186),;
- O Poder Judiciário decidiu sobre a classificação fiscal correta daquele produto (fl. 189), com base em laudos do INT e LABANA (fl. 193);
- Pela informação de fl 190 – terceiro parágrafo- depreende-se que se trata do mesmo produto, objeto deste processo, o que, obviamente, que, pela sentença proferida, motivou o requerimento supracitado;
- Conforme pesquisa realizada no sítio da rede mundial de computadores – INTERNET – constata-se que aquela ação ainda não transitou em julgado.

Logo, tratando-se do mesmo produto (atestado pelo LABANA, nos autos à fl. 90, e pela comparação entre este e a ação judicial, à fl. 190) a classificação tarifária ao final determinada pelo Poder Judiciário há de ser fatalmente adotado na esfera administrativa.

Assim, uma vez que a matéria de mérito encontra-se submetida à tutela do Poder Judiciário, entendo que o processo administrativo, nesses casos, perde sua função, vez que nosso sistema jurídico não comporta que uma mesma questão seja discutida, simultaneamente, na via administrativa e na via judicial, pois o monopólio da função jurisdicional do Estado é exercido pelo Poder Judiciário.

Bernardo Ribeiro Moraes, em seu Compêndio de Direito Tributário (Forense, 1987), leciona que:

“d) escolhida a via judicial, para a obtenção da decisão jurisdicional do Estado, o contribuinte fica sem direito à via administrativa. A propositura da ação judicial implica na renúncia da instância administrativa por parte do contribuinte litigante. Não

Processo nº : 11128.0003334/98-01
Acórdão nº : 301-31.993

tem sentido procurar-se decidir algo que já está sob tutela do Poder Judiciário (imperata, aqui, o princípio da economia conjugado com a idéia da absoluta ineficácia da decisão). Por outro lado, diante do ingresso do contribuinte em Juízo, para discutir seu débito, a administração, sem apreciar as razões do contribuinte, deverá concluir o processo, indo até a inscrição da dívida e sua cobrança.”

E Alberto Xavier, no seu “Do Lançamento - Teoria Geral do Ato do Procedimento e do Processo Tributário”, Forense, 1997, ensina:

“Nada impede que, na pendência de processo judicial, o particular apresente impugnação administrativa ou que, na pendência de impugnação administrativa, o particular aceda ao poder Judiciário.

O que o direito brasileiro veda é o exercício cumulativo administrativos e jurisdicionais de impugnação: como a opção por uns ou por outros não é excludente, a impugnação administrativa pode ser prévia ou posterior ao processo judicial, mas não pode ser simultânea.”

Portanto, como a matéria submetida à tutela autônoma e superior do Poder Judiciário inibe o pronunciamento da autoridade administrativa sobre o mérito da incidência tributária em litígio, sua exigibilidade fica adstrita à decisão definitiva no processo judicial.

Sobre este assunto, dispõe o Ato Declaratório Normativo COSIT 03, de 14 de fevereiro de 1996:

“.....

.....

.....

a) a propositura pelo contribuinte, de ação judicial, por qualquer modalidade processual- antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa em renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto.

.....

.....

.....

c) no caso da letra “a”, a autoridade dirigente do órgão onde se encontra o processo não conhecerá de eventual petição o contribuinte, proferindo decisão formal, declaratória da definitividade da exigência discutida ou da decisão recorrida, se for o caso, encaminhando o processo para cobrança do débito, ressalvada a eventual aplicação do disposto no artigo 149 do CTN;

.....

.....

Processo nº : 11128.0003334/98-01
Acórdão nº : 301-31.993

.....
d) é irrelevante, na espécie, que o processo tenha sido extinto, no
Judiciário, sem julgamento do mérito (art. 267 do CPC).

.....
.....
.....”

Ressalte-se que o dispositivo transcrito acima considera irrelevante que o processo tenha sido extinto sem julgamento do mérito, para fins da declaração de definitividade da exigência discutida. Desta forma, não traz nenhuma influência, na aplicação deste dispositivo, a verificação da situação atual do feito junto ao Poder Judiciário.

A propósito, cabe transcrever excertos do Parecer MF/SRF/COSIT/GAB no. 27, de 13 de fevereiro de 1997, aprovado pelo sr. Coordenador Geral do Sistema de Tributário, cujo teor conclusivo coincide com o Ato Declaratório citado, conforme segue, *in verbis*:

“.....
.....
.....

Compete, ainda, o exame do seguinte aspecto: optando o contribuinte pela esfera judicial e , nessa, tendo se decidido pela extinção do processo sem julgamento de mérito, retorna-se-ia ao julgamento administrativo da lide? Entendo que não. A renúncia às instâncias administrativas, configurada na opção pela via judicial, é definitiva, insuscetível de retratação. Até porque, embora anormal, conforme assinala a doutrina (em contraposição à forma normal de término dos processos: com julgamento do mérito), é uma das duas formas possíveis de extinção do processo, colocadas lado a lado no Código do Processo Civil, respectivamente nos seus artigos 267 e 269.

13.1 – “O ato do juiz, decretando a extinção do processo, sem o julgamento do mérito, tem o caráter de sentença – sentença terminativa – e é impugnável por via de apelação (Código cit. Art. 513)” (MOACYR AMARAL SANTOS, “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”, 2º Vol., ed. 1977, no. 382). E, conforme previsto no art. 268 do mesmo Código, em determinadas circunstâncias, “a extinção do processo não obsta a que o autor intente de novo a ação”.

13.2 – As hipóteses que determinam a extinção do processo, sem julgamento do mérito, previstas nas alíneas do art. 267, do CCPC, constituem, na verdade, questões preliminares que, se verificadas, impedem o exame do mérito. Situação similar é igualmente prevista no art. 28 do Decreto 70.235/72 (“Na decisão em que for julgada questão preliminar, será também julgado o mérito, salvo quando incompatíveis...”).

Processo nº : 11128.0003334/98-01
Acórdão nº : 301-31.993

13.3 – É ônus do contribuinte, portanto, ter propiciado a ocorrência de extinção do processo na forma do art. 267 do CPC, e também neste caso, por conseguinte, é irreversível a renúncia à esfera administrativa, materializada pela escolha do caminho judicial.

.....

.....

.....” (grifos do original)

Pelo exposto, voto no sentido de não conhecer da matéria recursal, por submetida à apreciação do Poder Judiciário.

Sala das Sessões, em 10 de agosto de 2005


VALMAR FONSECA DE MENEZES - Relator

Processo nº : 11128.0003334/98-01
Acórdão nº : 301-31.993

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

Conselheira Susy Gomes Hoffmann

Cuida-se de declaração de voto vencido por entender que o contribuinte não renunciou à via administrativa postulada nestes autos, consoante pontual explanação fática e jurídica a seguir elaborada tendo em cotejo este processo administrativo e o processo judicial, ação declaratória nº 97.0202335-1, ajuizada perante a 4ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Santos, de fls. 186/194:

Preliminarmente, extrai-se dos autos que o presente processo administrativo trata do Auto de Infração nº 11128.003334/98-01, e, diferentemente, a ação declaratória anexada às fls. 186/194 trata do Auto de Infração nº 11128.001845/95-28, sendo, portanto, processos distintos com conseqüências jurídicas distintas que não se confundem, tendo cada um destes instrumentos processuais, vida própria.

Para aventar a ocorrência de renúncia à esfera administrativa frente ao ingresso no Poder Judiciário por meio de ação judicial, é necessário que se tenha em ambos os Poderes Constitucionais (Executivo e Judiciário), identidade de ações, possuindo os mesmos elementos, que darão ensejo à litispendência e conseqüente extinção de uma das duas ações, por ser pressuposto negativo deste direito de ação.

Passa-se a análise e explicação processual da matéria.

A litispendência é fenômeno processual identificado entre ações que possuem os mesmos elementos processuais: partes, pedido e causa de pedir, tendo cada elemento suas especificidades. Senão veja-se.

Reportando-se aos autos do processo administrativo e da ação declaratória, nota-se que as partes são as mesmas, de um lado a União Federal, devidamente representada pelos seus órgãos executivos – Secretarias, Delegacias, e de outro, a FMC do Brasil Indústria e Comércio LTDA. Todavia, o mesmo não ocorre com seus pedidos e causa de pedir.

A causa de pedir, entendendo aqui como sendo a causa de pedir próxima, os fatos do processo, e a causa de pedir remota, os fundamentos jurídicos do processo, são absolutamente distintas entre as ações. Destaca-se aqui, principalmente, os fatos que deram origem aos processos, pois cada qual teve, hipótese de incidência distinta, obrigação tributária distinta, que, em tese, não foram cumpridas, dando origem a Autos de Infração distintos. Não fosse assim, bastaria um Auto de Infração somente, o que seria impossível de se materializar. Nesse sentido, anota o Mestre Chiovenda:

A causa da ação, isto é, um estado de fato e de direito, que é a razão pela qual se exerce uma ação, e que habitualmente se cinde, por sua

Processo nº : 11128.0003334/98-01
Acórdão nº : 301-31.993

vez, em dois elementos: uma relação jurídica e um estado de fato contrário ao direito (*causa petendi*).¹

Desta feita, definida a causa de pedir distinta entre ambos os processos, deságua-se, cada qual, em um pedido, que pode ser dissecado em mediato e imediato. Trata-se aqui somente do pedido mediato de cada ação, que, neste caso, até se confunde com seu pedido imediato, isto é, o bem da vida buscado pelo contribuinte, isto é, a declaração de anulação dos diferentes Autos de Infração, identificados com números nº 11128.003334/98-01 e nº 11128.001845/95-28. Nesse sentido, pede-se que se leia com atenção a lição traçada pelo Professor Moacyr Amaral Santos:

Objeto da ação é o pedido do autor (Cód. De Proc. Civil, art. 282, IV), ou seja, o que ele solicita que lhe seja assegurado pelo órgão jurisdicional. Ora, o autor pede uma providência jurisdicional que tutele um seu interesse, isto é, uma providência jurisdicional quanto a um bem pretendido, material ou imaterial. Assim, o objeto, isto é, o pedido (*res, petitum*) é imediato ou mediato.

O pedido imediato consiste na providência jurisdicional solicitada: sentença condenatória, declaratória, constitutiva ou mesmo providência executiva, cautelar ou preventiva.

O pedido mediato é a utilidade que se quer alcançar pela sentença, ou providência jurisdicional, isto é, o bem material ou imaterial pretendido pelo autor. Aqui será o recebimento de um crédito; ali, a entrega de uma coisa, móvel ou imóvel, ou o preço correspondente. Em tal ação será a prestação de um serviço ou a omissão de um ato; noutra, a dissolução de um contrato. Nas chamadas ações meramente declaratórias (Cód. Proc. Civil, artigo 4º, o pedido mediato se confunde com o pedido imediato porque na simples declaração da existência ou inexistência da relação jurídica se esgotam a pretensão do autor e a finalidade da ação.²

Estabelecidos os elementos das ações administrativa e judicial, repisa-se: partes, pedido e causa de pedir, pode-se observar que não há identidade entre tais ações, vez que possuem pedidos e causa de pedir distintas. Assim, não há que se falar no fenômeno processual da litispendência, que poderia justificar a renúncia da via administrativa em busca da via judicial.

Ademais, houvesse litispendência, o Autor e/ou Réu de ambas as ações seria carecedor do próprio direito de ação, na modalidade interesse processual, eis que seu direito já estaria sendo postulado em juízo por outro meio processual idêntico, que lhe asseguraria a pretensão desejada. Na questão em debate, repita-se, o contribuinte certamente deveria ter sua ação administrativa preservada, tendo em vista que seu interesse é diverso do perquirido em ação judicial.

¹ Chiovenda, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. Vol 1. Bookseller. 1998. pg. 52.

² Santos, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. 1º Vol. Saraiva. Pg. 163/164.

Processo nº : 11128.0003334/98-01
Acórdão nº : 301-31.993

Trata-se até de exemplo prático de hipótese de incoerência de litispendência: O contribuinte, caso tivesse julgada procedente sua ação judicial, relativa ao Auto de Infração nº 1128.001845/95-28, em nada afetaria a ação administrativa e o seu objeto, que está relacionada a outro Auto de Infração nº 11128.003334/98-01, poder-se-ia, inclusive, anular um Auto de Infração de uma ação e preservar o outro, da outra ação, e vice versa, sem, contudo, existir decisões conflitantes. Neste sentido:

Identidade de ações: caracterização. As partes devem ser as mesmas, não importando a ordem delas nos pólos das ações em análise. A causa de pedir, próxima e remota (fundamentos de fato e de direito, respectivamente), deve ser a mesmas nas ações, para que se as tenha como idênticas. O pedido, imediato e mediato, deve ser o mesmo: bem da vida e tipo de sentença judicial. Somente quando os três elementos, com suas seis subdivisões, forem iguais é que as ações serão idênticas. (*in CPC COMENTADO, 3ª Edição, RT, p. 752*).

Litispendência. Identidade de pedidos. A identidade de pedidos não caracteriza a litispendência com a identidade de ações: as mesmas partes, os mesmo pedido e a mesma causa de pedir (TRF 5, 1ª T, Ap 17299-RN, rel. Juiz Rivaldo Costa, v.u., j. 10.12.1992, JSTJ 47/583).

A legislação processual administrativa é favorável ao reconhecimento da litispendência entre processos administrativos e judiciais, tanto que acena de modo constitucional (artigos 2º e 5º, inciso XXXV, da CF/88), pela observância da medida judicial sobre matéria idêntica eventualmente tratada em esfera administrativa fiscal. Sobre esta questão cumpre observar, exemplificativamente, o art. 62 do Decreto nº 70.235/72, que assim dispõe:

"Art. 62. Durante a vigência de medida judicial que determinar a suspensão da cobrança do tributo não será instaurado procedimento fiscal contra o sujeito passivo favorecido pela decisão, relativamente à **matéria** sobre que versar a ordem de suspensão." (grifo nosso).

Essas medidas processuais buscam a unidade de decisões, visando impedir tomada de decisões conflitantes em benefício da segurança jurídica existe entre os três Poderes da União, tudo em favor da Democracia Constitucional. Neste sentido, realiza um passeio jurídico o Mestre Carnelutti:

O princípio da unidade do processo, que constitui o fundamento do instituto da litispendência, interessa tão profundamente ao bom resultado da administração da justiça, seja do ponto de vista da economia seja do ponto de vista da certeza do direito, que se deve considerar, ainda quando não esteja expressamente estatuído, que as providências respectivas devem ser adotadas ainda que sem instância de parte; também se pode recordar a esse respeito a analogia dos artigos 273 e 274.³

³ Carnelutti, Francesco. Instituições do Processo Civil. Vol 1. Servanda. Pg. 465

Processo nº : 11128.0003334/98-01
Acórdão nº : 301-31.993

Todavia, conforme demonstrado neste caso concreto, “à matéria” acima grifada, aqui traduzida em elementos da ação, são absolutamente distintos entre a ação judicial anexada as fls. 186/194 e a ação administrativa, razão pela qual aquela ação jamais poderia ter efeitos jurídicos sobre esta ação administrativa no tocante a alegada renúncia.

Posto isto, por entender que o contribuinte, ora recorrente, não havia renunciado à via administrativa, faço por declarar este voto vencido, que contraria por inteiro a decisão tomada em julgamento coletivo, sempre em busca da segurança jurídica e da preservação da contrariedade construtiva, favorável ao desenvolvimento de todo e qualquer trabalho administrativo e jurídico.

É como voto.

Sala das Sessões, em 10 de agosto de 2005


SUSY GOMES HOFFMANN - Conselheira