



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

Processo n° 12466.000991/2009-89
Recurso n°
Resolução n° **3102-000.241 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 29 de janeiro de 2013
Assunto Solicitação de Diligência
Recorrente SERVER COMPANY COMÉRCIO INTERNACIONAL S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, em converter o julgamento do recurso em diligência, nos termos do voto do Relator. Vencidos os Conselheiros Nanci Gama e Álvaro Almeida Filho, que suscitavam a nulidade do lançamento.

(assinado digitalmente)

Luis Marcelo Guerra de Castro - Presidente e Relator.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Ricardo Rosa, Álvaro Almeida Filho, Winderley Moraes Pereira, Helder Massaaki Kanamaru, Nanci Gama e Luis Marcelo Guerra de Castro.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário, manejado em desfavor do Acórdão 07-17.791, da 2ª Turma da DRJ/Florianópolis¹, que manteve exigência de Imposto de Importação e de Imposto sobre Produtos Industrializados formalizada de ofício.

Conforme consignado no campo Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal², a atuada teria promovido despachos de importação e, ao invés de pagar os impostos devidos, os liquidara por meio de compensação com créditos-prêmio adquiridos da pessoa jurídica SAB TRADING COMERCIAL EXPORTADORA S/A, que, por sua vez, obteve tais créditos por meio de decisão proferida nos autos do Mandado de Segurança 99.0016658-2, que tramitou na 21ª Vara da Seção Judiciária do Rio de Janeiro.

¹ Fls. 2.128 a 2.134.

² Fls. 03 a 06.

As compensações teriam sido iniciadas em 2000 e, em dezembro de 2003, o Sr. Inspetor da Alfândega do Porto de Vitória, unidade à qual a autuante se encontra vinculada, determinara a lavratura de autos de infração para prevenir a decadência.

Após descrever o histórico do feito e dos trâmites no âmbito das Unidades Administrativas da Secretaria da Receita Federal do Brasil, conclui a autoridade autuante, com base em parecer da Procuradoria da Fazenda Nacional e do Serviço de Orientação Tributária (SEORT) da Alf. Vitória, que, a partir do início da vigência da Instrução Normativa SRF nº 41, de 2000, que vedara a compensação com crédito de terceiros, não mais seria possível utilizar os créditos da impetrante SAB TRADING COMERCIAL - EXPORTADORA S/A para liquidar débitos da autuada.

Por fim, atesta que até a data do lançamento, as ações judiciais citadas no corpo do relatório fiscal ainda aguardavam decisão final.

Devidamente cientificada, comparece a autuada ao processo para, em sede de impugnação (trechos extraídos do acórdão recorrido):

Inicialmente relata que os créditos da SAB Trading (empresa cedente dos créditos utilizados na compensação da impugnante), bem como a possibilidade de sua compensação com débitos de terceiros, estão amparados por decisões judiciais proferidas nos autos do Mandado de Segurança n.º 99.0016658-2/RJ. Todavia a Fazenda Nacional promoveu ação cautelar (n.º 2005.02.01.014472-3) e rescisória (n.º 2006.02.01.000416-4) perante o TRF/2.a Região, e delas obteve autorização expressa para realizar o lançamento preventivo da decadência, tendo sido, então, lavrados os presentes autos de infração.

Preliminarmente:

1- protesta pela inexistência de concomitância entre os processos administrativo e judicial, tratando-se, inclusive, de contribuintes diferentes e, por isso, não deve ser aplicado o ADN SRF n.º 03/1996. O processo não deve ter seu seguimento negado sob pena de grave afronta ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

2- alega que a autoridade que lavrou os autos de infração é incompetente para tal, haja vista o que dispõe a norma administrativa aplicável às compensações (IN SRF n.º 21/97) que dispõe que a autoridade competente para apreciar as compensações realizadas por empresas localizadas em diferentes unidades da federação é aquela responsável pela jurisdição da empresa cedente, no caso a Delegacia da Receita Federal do Brasil do Rio de Janeiro, localização da sede da SAB Trading. É nulo, portanto, o auto de infração.

3- outro vício formal, cuja implicação é a nulidade dos autos de infração é a falta de Mandado de Procedimento Fiscal (MPF), instituído pela Portaria n.º 1.265/99.

Embora consta nos autos, num campo específico, um número de MPF a requerente nunca tomou ciência de qualquer início de procedimento fiscal. A falta do MPF fere os princípios constitucionais da legalidade, moralidade, eficiência, devido processo legal, contraditório, ampla defesa e segurança jurídica.

4- A impugnante não foi citada na ação rescisória e na ação cautelar, apesar de sua condição de litisconsorte passivo necessário. Assim, as decisões exaras nestes processos são ineficazes contra a requerente. Quando houve o trânsito em julgado da decisão definitiva (03/10/2005) que reconheceu a possibilidade da utilização do crédito-prêmio de IPI da cedente para a cessionária (no caso, a impugnante), a Fazenda Nacional tinha ciência da compensação operada e portanto estava ciente de que a impugnante era parte legítima na rediscussão da coisa julgada. Como decorreu o prazo para nova ação rescisória, a coisa julgada formada no MS n.º 99.0016658-2 é definitiva para a impugnante, não gerando efeitos para ela aquela ação rescisória.

No mérito:

1- Alega que não ocorreu o fato descrito como infração. Nos autos de infração consta como infração a "falta de recolhimento de tributo". No entanto o que motivou a autuação foi a compensação realizada pela impugnante com créditos que estão sub judice.

Assim não se pode alegar que deixou de quitar os tributos em questão. Os tributos foram quitados por meio da compensação. Por esta razão é improcedente o auto de infração pois descreve uma infração que não corresponde à realidade.

2- Os autos foram lavrados para prevenir a decadência, no entanto o fato em que se fundamentou não ocorreu, pois enquanto não houver o desfecho da ação rescisória a impugnante está amparada pela coisa julgada no MS anterior ocorrido em 2005.

Requer, seja recebida a impugnação e, em preliminar, reconhecida a nulidade do auto de infração impugnado em razão da incompetência da autoridade autuante, ou da ausência de MPF e/ou ausência da citação nas ações cautelar e rescisória; ou, quando não, que no mérito seja julgado totalmente improcedente o auto de infração em razão da não ocorrência da infração apontada e do descompasso entre o fato descrito na peça vestibular com a realidade jurídico-processual da Impugnante e da empresa SAB Trading. E ainda na remota hipótese de manutenção da autuação, o que se aceita apenas para argumentar, que a exigência fiscal seja vinculada ao desfecho do processo judicial n.º 2006.02.01.000416-4, em substituição ao processo administrativo n.º 12466.002362/2000-20 que constou no auto de infração.

Os autos foram encaminhados para julgamento em 18/05/2009.

Posteriormente, em 07/10/2009, a Alfândega de Vitória encaminhou memorando com o objetivo de juntar ao presente processo cópia do despacho decisório exarado no processo n.º 10768.002802/2004-78 que trata de pedido de ressarcimento/compensação feito pela SAB Trading, por entender aquela unidade que os créditos constantes no processo administrativo referido poderiam estar relacionados com as compensações deste processo. O despacho decisório que considerou as compensações pretendidas não declaradas e o pedido de ressarcimento não formulado, encontra-se às fls. 2102/2125.

Ponderando as razões aduzidas pela autuada, juntamente com o consignado no voto condutor, decidiu o órgão *a quo* pela manutenção integral da exigência, conforme se observa na ementa abaixo transcrita:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/07/2004 a 30/09/2004

COMPETÊNCIA DA AUTORIDADE LANÇADORA. REVISÃO ADUANEIRA.

É competente para o lançamento para fins de constituição do crédito tributário a autoridade aduaneira da unidade onde foi processado o despacho aduaneiro.

AUSÊNCIA DE MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. REVISÃO ADUANEIRA.

O MPF não será exigido em procedimento revisão aduaneira, nos termos da Portaria SRF nº 6.087, de 21.11.2005.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/07/2004 a 30/09/2004

II/IIPI. COMPENSAÇÃO. CRÉDITOS DE TERCEIROS. PENDENTE DE DECISÃO JUDICIAL.

Somente são compensáveis os créditos líquidos e certos do sujeito passivo contra a Fazenda Pública. A utilização, mediante compensação dos débitos fiscais cujos créditos a cedente ainda discute na Justiça o direito ao seu usufruto, não preenchem os requisitos certeza e liquidez, não sendo hábeis, portanto, para extinguir o crédito tributário apurado pelo sujeito passivo.

DECISÃO JUDICIAL. EFEITOS SOBRE O LANÇAMENTO.

Não consta nos autos decisão judicial em favor do contribuinte autuado que possua o condão de obstaculizar o ato do lançamento realizado pelo Fisco Federal no sentido de prevenir a decadência dos respectivos créditos tributários.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Após tomar ciência da decisão de 1ª instância, comparece a interessada mais uma vez ao processo para, em sede de recurso voluntário³, essencialmente, reiterar os argumentos expendido em sede de impugnação e acrescentar que:

a) os valores constantes do presente processo administrativo teriam sido compensados com o crédito formalizado pela empresa cedente no Pedido de Ressarcimento nº 10768.001928/2004-25, conforme seria possível extrair do "QUADRO 2" de todos os Pedidos de Compensação de Crédito com Débito de Terceiro - PCCs constantes dos autos

(fls.1484/1900), dos quais se depreenderia a vinculação das respectivas compensações àquele pedido de ressarcimento (fls. 2054/2070);

b) tanto a apuração dos créditos pela SAB Trading, quanto a utilização desses créditos, nos termos da IN SRF nº 21/97, estariam (à época das compensações e até a data da interposição do recurso) amparados por decisões judiciais favoráveis à empresa cedente, proferidas nos autos do Mandado de Segurança nº 99.0016658-2/RJ, que foi ratificado pela Apelação em Mandado de Segurança nº 2001.02.01.047030-0;

c) a origem e a liquidez dos créditos cedidos teriam sido devidamente verificadas e atestadas pela Delegacia da Receita Federal, nos autos do Pedido de Ressarcimento consubstanciado no processo administrativo nº 10768.001928/2004-25 (fls. 2054/2070);

d) em dezembro de 2005 e janeiro de 2006, a Fazenda Nacional promovera, respectivamente, ações cautelar e rescisória (processos nº 2005.02.01.014472-3 e 2006.02.01.000416-4) visando a suspender e a desconstituir os efeitos da coisa julgada formada em favor da SAB Trading e obtivera exclusivamente medida cautelar para suspender os efeitos dos acórdãos transitados em julgado (fls. 2072/2095). Assim, estaria a Fazenda Nacional impedida de desconstituir ou desconsiderar pedidos de ressarcimento e de compensação com débitos próprios e de terceiros formalizados com base no MS nº 99.0016658-2;

e) os débitos objeto das autuações estariam extintos, na forma do art. 156, II, do CTN, por compensações realizadas à luz de decisões judiciais transitadas em julgado. O direito ao crédito compensado encontrar-se-ia sub judice, nos autos da ação rescisória nº 2006.02.01.000416-4, onde teria sido autorizada a realização de lançamento para prevenir a decadência;

f) seria inegável que os autos de infração em tela não possuiriam relação com o procedimento de revisão aduaneira, pois nenhuma irregularidade nas operações de importação ou nas declarações dos tributos incidentes sobre tais importações teria sido verificada. A exigência decorreria, como afirmado pelos autos de infração e confirmado pela própria DRJ, da necessidade de se prevenir a decadência. Acrescenta que o instrumento pelo qual se formaliza compensações entre contribuintes localizados em diferentes Estados chamar-se-ia "Pedido de Compensação de Crédito com Débito de Terceiro"; vale dizer, quem pediria a compensação seria o detentor do crédito. Somente a ele é que a compensação pode ser negada ou aprovada. Afirma sua condição de terceiro de boa-fé, que teve seu débito extinto por compensação e que não teria relação jurídica com o Fisco. Prova disso seria o fato de que não teria sido incluída no polo passivo da ação rescisória. Reitera o pedido de decretação da nulidade por incompetência do agente e cita jurisprudência dos extintos Conselhos de Contribuintes;

g) quando da lavratura dos autos de infração, já estaria em vigor o Decreto nº 6.104/07, que ratificara, em seu art. 22, a necessidade de emissão de MPF para instauração do procedimento fiscal. Transcreve o dispositivo, cita doutrina e reafirma suas razões acerca da nulidade do feito por vício de MPF;

h) diferentemente do consignado do acórdão recorrido, que se limitara a afirmar que se estaria diante de simples procedimento de revisão, para o qual o MPF seria dispensável, esse instrumento não teria a exclusiva função de dar ciência prévia ao contribuinte sobre o lançamento que será realizado, mas também de atribuir competência ao agente autuante. E,

mesmo que fosse somente aquela sua finalidade, ao órgão atuante não é dada a competência de dispensar tal procedimento, quando sua existência é imposta por normas que devem ser respeitadas e cumpridas, sem exceção. Cita jurisprudência;

i) em razão de ausência de citação, a ação rescisória 2006.02.01.000416-4 seria inteiramente ineficaz com relação à recorrente, que procedeu à compensação após o trânsito em julgado da sentença proferida nos autos do MS nº 99.0016658-2 (07/05/2001) Cita o art. 42, § 3º e 47 do Código de Processo Civil. Ademais, em função do decurso de prazo para interposição de nova ação rescisória, a coisa julgada formada no Mandado de Segurança se tornou definitiva. Cita jurisprudência administrativa e judicial;

j) o acórdão recorrido apenas reiterara os termos da autuação no sentido de que a recorrente deixara de recolher os tributos devidos nas importações mas, conforme teria exaustivamente demonstrado, tal infração não se verificaria no presente litígio. Além da improcedência da acusação, é sabido que o presente lançamento teria como objetivo prevenir a decadência.

k) os autos de infração são improcedentes, pois descrevem, como fato ensejador da autuação, uma infração que não corresponde à realidade fática;

l) muito embora seja apregoada a máxima de que o lançamento constitui um dever do Fisco, podendo ser praticado a qualquer tempo, este "postulado" seria relativo e encontraria limites na própria legislação, principalmente nas normas individuais e concretas produzidas pelo Poder Judiciário pois, em determinadas circunstâncias, a Fazenda Pública precisaria recorrer ao Judiciário, para obter autorização para lançar, ou seja, para suspender os efeitos de uma norma que tenha afastado da incidência da lei geral e abstrata certa situação fática. Sem tal norma concreta, estar-se-ia diante de ausência de subsunção, fenômeno logicamente anterior ao próprio lançamento;

m) o lançamento para prevenir a decadência pressuporia suspensão da exigibilidade do crédito tributário, em que a própria lei lhe autoriza lançar (art. 63 da Lei nº 9.430/96 c/c art. 151, CTN), hipótese não configurada no presente litígio. Defende que, no caso, estar-se-ia diante da seguinte situação: (1) nos autos do MS nº 99.0016658-2, teria sido reconhecido à SAB Trading o direito ao crédito-prêmio de IPI, mediante ressarcimento ou compensação com débitos próprios e de terceiros, na sistemática do lançamento por homologação e da IN-SRF 21/97; (2) tal processo transitara em julgado em 03/10/2005, o que tornou definitiva a extinção do crédito tributário pelas compensações formalizadas ao amparo daquele MS, nos termos do art. 151, II, CTN; (3) mais de dois meses depois do trânsito em julgado, a Fazenda Nacional obtivera medida liminar na ação cautelar nº 2005.02.01.014472-3, que suspendera os efeitos da coisa julgada, para o fim de autorizar o Fisco a efetuar lançamentos para prevenir a decadência, com a exigibilidade suspensa; (4) ato contínuo, a Fazenda Nacional ajuizara ação rescisória nº 2006.02.01.000416-4, que ainda não teve decisão final;

n) a ação rescisória foi julgada procedente pelo TRF/2ª R., mas tal fato em nada alterara o direito da cedente (cujos efeitos estender-se-ia à Recorrente por força do art. 42, § 3º, CPC). Aponta, por outro lado, que estar-se-ia diante de julgamento não definitivo, pendente de julgamento de novos embargos declaratórios e, mesmo após esse julgamento, seriam interpostos recursos às instâncias superiores;

o) o último acórdão, até o momento, proferido na ação rescisória (DJ de 28/10/09 - Anexo 3) voltara a explicitar e reiterar que enquanto não ocorrer o trânsito em julgado da ação rescisória nenhuma cobrança poderá ser feita, de modo que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário sob exame deveria ser mantida incontinenti, e ser vinculada à decisão definitiva da ação rescisória. Transcreve excerto e registra que as ponderações acerca dos efeitos da ação rescisória, referir-se-iam exclusivamente à manutenção dos efeitos suspensivos constantes da concessão cautelar realizada no processo sob o nº 2005.02.01.014472-3. Circunstancia o conteúdo dos embargos de declaração apresentados;

p) embora tenham ocorrido novas decisões nos processos em referência, o eg. TRF/2ª R. não modificara o entendimento no sentido de que o acórdão da ação rescisória somente produzirá efeitos após o trânsito em julgado desta ação e, ainda assim, prevalecerá como válida e eficaz a coisa julgada que se formara no MS nº 99.0016658-2, a teor do disposto no art. 489 do CPC;

q) a 2ª Seção Especializada do TRF/2º Região, na mesma sessão em que reconheceu a procedência da ação rescisória, julgara medida cautelar correlata, processo nº 2005.02.01.014472-3, para consignar expressamente que, enquanto não proferida decisão definitiva na ação rescisória (decisão com trânsito em julgado), continuará vigorando a decisão que reconheceu o crédito da cedente e permitiu as compensações realizadas pela Recorrente. Transcreve excertos do julgado e cita jurisprudência e doutrina;

Pleiteia que, na remota hipótese de manutenção das autuações, o que aceita apenas para argumentar, a exigência fiscal seja vinculada ao desfecho do processo judicial nº 2006.02.01.000416-4, em substituição ao processo administrativo nº 12466.002362/2000-20 que constou nos autos de infração.

Requer o provimento do recurso.

Encaminhados os autos para contra-razões, argui a Procuradoria da Fazenda Nacional, em síntese:

a) que o lançamento objeto do litígio teria sido formulado no intuito de prevenir a decadência e não em razão da não-homologação da compensação. Consequentemente, caberia à unidade de despacho realizá-lo. Cita o art. 9º, §§ 2º e 3º, do Decreto 70.235/72 e argumenta que os artigos 15 e 13 da IN 21/97 já se encontrariam revogados à época do lançamento;

b) não mereceria guarida o argumento de que o auto de infração seria nulo por vício de MPF. Dada sua lavratura em procedimento de revisão aduaneira, que, como bem lembrado pela relatora do acórdão recorrido, nunca esteve condicionado à emissão do MPF, não caberia se condicionar à validade do auto à sua expedição;

c) a Fazenda Nacional ajuizara Medida Cautelar inominada, preparatória ação rescisória e obtivera, em 19/12/2005, liminar suspendendo os efeitos do acórdão rescidendo. Em 12/04/2007, a 2ª Seção Especializada daquela corte julgara procedente em parte a ação cautelar, suspendendo os efeitos da homologação das compensações, permitindo que se proceda ao lançamento dos créditos já aproveitados, com exigibilidade suspensa até o trânsito em julgado definitivo da ação rescisória;

d) na ação rescisória ajuizada em 18/01/2006, autuada sob o nº 2006.02.01.000416-4, teria sido proferido acórdão favorável à União, desconstituindo-se o acórdão que serviria de fundamento para as compensações já realizadas. Foram opostos embargos de declaração, julgados em 10/09/2009, aos quais teriam sido dados efeitos aclaratórios. Transcreve trecho do aresto;

e) diferentemente do aduzido, os efeitos da ação rescisória poderiam atingir indiretamente terceiros. Cita Doutrina e transcreve o parágrafo 3º do art. 42 do CPC;

f) o parágrafo único do art. 142 do CTN trata da obrigatoriedade do lançamento e, no presente processo, se verificaria circunstância capaz de gerar tal medida, no caso, a falta de recolhimento;

g) as compensações não teriam sido homologadas (nem poderiam ser antes do trânsito em julgado), o que afastaria a alegação de extinção definitiva do crédito. Argumenta que, à época do feito, já vigia o art. 170-A do CTN, que vedava a realização de compensação até que sobreviesse esse evento;

h) descaberia consignar, no presente processo, a suspensão da exigibilidade até o trânsito em julgado da ação rescisória. No caso de manutenção do lançamento, a exigência já estaria suspensa até a decisão definitiva da ação rescisória, salvo se houver uma outra decisão judicial que antecipe. Assim, consignar qualquer decisão a esse respeito implicaria adotar decisão condicionada e, como tal, passível de decretação da sua nulidade. Cita acórdão do extinto 2º Conselho de Contribuintes que anulou o feito em razão de tais circunstâncias⁴.

É o Relatório.

VOTO

Conselheiro Luis Marcelo Guerra de Castro, Relator

Tomo conhecimento do presente recurso, que foi tempestivamente apresentado e trata de matéria afeta à competência desta Terceira Seção

Após analisar os fundamentos expendidos pela autoridade autuante, pela autuada e pela Procuradoria da Fazenda Nacional, penso que o presente processo não se encontra em condições de ser julgado.

O cerne do litígio sempre foi fixar o alcance das normas individuais e concretas proferidas nos processos judiciais em que se debateram os créditos. Aliás, discute-se até se as compensações que são alvo do presente litígio estariam albergadas por alguma decisão favorável à recorrente.

De fato, analisando os extratos de consulta processual colacionados às fls. 2.203 a 2.245, verifica-se que existe um número significativo de decisões judiciais que não foram colacionadas aos autos, o que dificulta, a meu ver, que se forme convicção acerca desse aspecto do litígio, de extrema relevância para a solução do feito.

Acrescente-se, outrossim, que as consultas ao sítio do TRF 2ª RF, colacionadas pela pela recorrente, noticiam a baixa definitiva da ação cautelar inominada, após acórdão proferido em sede de embargos de declaração, datado de 07/04/2009.

É evidente que este relator poderia perfeitamente realizar uma consulta ao sítio do TRF 2ª Região e obter cópia de tais decisões, mas, em assim procedendo, estaria ferindo o equilíbrio processual, pois traria aos autos elementos que não teriam sido submetidos ao devido contraditório.

Assim sendo, converto o julgamento do recurso em diligência, a fim de que sejam juntadas cópias das decisões proferidas nos autos da ação cautelar inominada e da ação rescisória.

Após a juntada dessas novas peças aos autos, deverá ser outorgado o prazo de 30 dias, para que a recorrente se manifeste acerca desses novos elementos.

Findo tal prazo, devem os autos retornar a este CARF para prosseguimento do julgamento.

Sala das Sessões, em 29 de janeiro de 2013

Luis Marcelo Guerra de Castro