



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

Processo nº 12466.002892/2008-51
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3402-006.395 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 28 de março de 2019
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO-II/IPI
Recorrente SERVER COMPANY COMERCIO INTERNACIONAL S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/04/2004 a 07/07/2004

PRELIMINARES. VÍCIO NO MPF.

O MPF é instrumento de controle interno da administração, qualquer irregularidade formal apurada não é causa de nulidade.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/04/2004 a 07/07/2004

IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. 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.

LANÇAMENTO PARA AFASTAR A DECADÊNCIA. AÇÃO JUDICIAL EM CURSO. POSSIBILIDADE DO LANÇAMENTO

Nos termos dos incisos IV e V do Decreto Lei nº6.172/66 (Código Tributário Nacional) é cabível o lançamento para prevenir a decadência.

Recurso Voluntário Negado

Crédito Tributário Mantido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer em parte do Recurso Voluntário para, na parte conhecida, negar-lhe provimento.

(assinado digitalmente)

Waldir Navarro Bezerra - Presidente.

(assinado digitalmente)

Pedro Sousa Bispo - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Waldir Navarro Bezerra (Presidente), Maria Aparecida Martins de Paula, Diego Diniz Ribeiro, Pedro Sousa Bispo, Maysa de Sá Pittondo Deligne, Marcos Antonio Borges (Suplente Convocado), Cynthia Elena de Campos e Thais de Laurentiis Galkowicz. Ausente o Conselheiro Rodrigo Mineiro Fernandes, substituído pelo Suplente convocado.

Relatório

Por bem relatar os fatos, adoto o relatório do acórdão recorrido com os devidos acréscimos:

Trata-se de exigência fiscal relativa ao Imposto de Importação (II) e ao Imposto sobre Produtos Industrializados, vinculado à importação (IPI), cobrado com alíquota “*ad valorem*” e específica (Lei nº 7.798/89). Ambos tributos foram acrescidos de juros de mora calculados até 31/07/2008. Os respectivos lançamentos foram constituídos pelos Autos de Infração de fls. 01 a 203 e 204 a 376 (frente e verso) e Termo de Encerramento de fls. 377/378, cuja cientificação ocorreu em 26.08.2008, totalizando um crédito tributário de R\$ 38.231.472,36 (fls. 01v e 377).

Segundo esclarece a autoridade lançadora, a constituição do crédito tributário deveu-se ao fato da autuada não ter pago os tributos que incidiram nas operações de importação referente às Declarações de Importação que fez registrar nos meses de abril a julho de 2004, haja vista que fez uso, na condição de cessionária, dos créditos-prêmio de IPI que a empresa Sab Trading Comercial Exportadora S/A (CNPJ nº 42.354.274/0001-29) era detentora, conforme se evidencia dos formulários “*PEDIDO DE COMPENSAÇÃO DE CRÉDITO COM DÉBITO DE TERCEIROS*”, aprovado pelo Anexo IV da Instrução Normativa SRF nº 21, de 1997, juntados às fls. 549 a 906.

A fiscalização esclarece que a autuada somente obteve o direito de compensar seus débitos fiscais com os citados Créditos-Prêmio de IPI, pelo fato de haver obtido provimento judicial favorável nesse sentido; iniciado com a petição apresentada perante o juízo da 21ª Vara Federal do Rio de Janeiro, redundando na decisão despachada no mandado de segurança preventivo nº 99.0016658-2, constante dos autos do processo nº 2001.02.01.047030-0/RJ, conforme devidamente explicitado na Informação Fiscal nº 77/2004 da SAORT da Alfândega do Porto de Vitória.

Explicita ainda a autoridade lançadora que as compensações em comento tiveram início no ano de 2000. No entanto, o senhor Inspetor da Alfândega do Porto de Vitória, acatando o parecer do SECAT da Alfândega do Porto de Vitória, constantes nos autos do processo nº 12466.002362/00-20, determinou a lavratura dos citados autos de infração com vista a prevenir a decadência dos referidos créditos tributários.

Por fim, a fiscalização informa que até a data da constituição dos respectivos lançamentos, as diversas ações judiciais citadas no corpo dos referidos autos de infração encontram-se aguardando decisão final.

Cientificada da exação, a autuada apresentou as impugnações de fls. 917 a 937 e 938 a 958, acompanhada dos documentos de fls. 959 a 1065, por meio das quais expõe longamente as razões de seu inconformismo, que serão tratadas especificamente no presente voto. Por fim, em síntese, a impugnante requer (*sic*):

a) o regular processamento da presente impugnação, nos termos do art. 151, III, do CTN, uma vez que inexiste concomitância de matérias nas vias administrativa e judicial; e

b) seja, em preliminar, reconhecida a **nulidade** do auto de infração impugnado em razão da incompetência da autoridade autuante e/ou da ausência de MPF; 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; ou

c) quando menos, 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 nº **2006.02.01.000416-4** , em substituição ao processo administrativo nº 12466.002362/2000-20 que constou no auto de infração.

A autuada, juntamente com a impugnação apresentada, fez transladar aos autos os seguintes documentos:

Anexo 1 Procuração, documento de identidade do procurador, documentos societários e cartão CNPJ;

Anexo 2 Decisões favoráveis à SAB Trading proferidas no Mandado de Segurança nº 99.0016658-2/RJ (AMS nº 2001.02.01.047030-0);

Anexo 3 Auditorias que confirmaram a existência dos créditos compensados;

Anexo 4 Decisões proferidas nos autos da Medida Cautelar Preparatória nº 2005.02.01.014472-3;

Anexo 5 Extrato de andamento processual da Ação Rescisória

Conforme expediente de fl. 1067, o processo foi encaminhado em 29.09.2008 para julgamento.

Ato contínuo, a DRJ-FLORIANÓPOLIS (SC) julgou a Impugnação do Contribuinte nos seguintes termos:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 01/04/2004 a 07/07/2004

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

O lançamento ex-officio, ao formalizar o crédito tributário, materializa a pretensão da Administração Pública, permitindo à contribuinte o pleno exercício de seu direito de defesa, mediante a apresentação de impugnação, sendo completamente

infundadas as arguições relativas à ofensa dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE. AFRONTA A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.

É defeso em sede de impugnação administrativa a apreciação de inconstitucionalidade ou ilegalidade de leis, normas ou atos, bem como a afronta a princípios constitucionais, na medida que estas matérias estão no escopo e somente podem ser deferidas pelo Poder Judiciário, por força do próprio texto constitucional.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/04/2004 a 07/07/2004

II/IPI. 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.

AÇÕES JUDICIAL E ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO PELA ESFERA ADMINISTRATIVA NA PARTE QUE NÃO HÁ IDENTIDADE DE OBJETO.

As matérias em que não há identidade de objeto, não submetidas, portanto, ao Poder Judiciário, devem ser apreciadas na esfera administrativa, não ocorrendo, na espécie, desrespeito ao princípio da unicidade jurisdicional adotado pelo sistema jurídico-brasileiro.

DECISÃO JUDICIAL. EFEITOS SOBRE O LANÇAMENTO.

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

Lançamento Procedente.

Em seguida, devidamente notificada, a Empresa interpôs o presente Recurso Voluntário pleiteando a reforma do acórdão.

No recurso, a empresa suscitou questões preliminares e de mérito semelhantes às apresentadas na Impugnação, repetindo as mesmas argumentações.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Pedro Sousa Bispo

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele se deve conhecer.

Trata o presente processo de auto de infração que formalizou o lançamento fiscal de Falta de Recolhimento II e IPI, lavrado visando prevenir a decadência, decorrentes da apuração de diferenças apuradas pela Fiscalização nas importações da empresa realizadas no período de abril a julho de 2004. A Autuada, na condição de cessionária, fez uso para quitar os referidos tributos de pedido de compensação com créditos-prêmio de IPI de um terceiro concedente (Sab Trading Comercial Exportadora S/A, CNPJ nº 42.354.274/0001-29), por força de provimento judicial, transitado em julgado, obtido no Mandado de Segurança Preventivo nº 99.0016658-2, constante dos autos do processo nº 2001.02.01.047030-0/RJ.

Noticia-se, ainda, nos autos que o referido lançamento foi efetuado com o objetivo de prevenir a decadência dos débitos referentes ao II e IPI, haja vista que a origem dos referidos créditos-prêmio de IPI se encontravam sob discussão judicial nos autos da ação rescisória nº 2006.02.01.000416-4/TRF2. Os créditos tributários lançados encontram-se suspensos por força da medida cautelar (processo nº. 2005.02.01.014472-3/TRF2).

Em sua defesa, em sede preliminar, a Recorrente afirma inexistir concomitância entre o processo administrativo em comento e as ações judiciais envolvidas no caso.

Confirma-se essa afirmação haja vista que, de fato, os processos administrativo e os judiciais possuem objetos distintos e partes diferentes. Enquanto no primeiro se discute a procedência do auto de infração lavrado contra a empresa Server Company pela falta de recolhimento de II e IPI, nos processos judiciais se discute o direito creditório de terceiro (Sab Trading) utilizado em compensação da Server Company.

Em seguida, a Recorrente argui a incompetência da Autoridade Autuante para realizar o lançamento. Afirma que a norma administrativa aplicável às compensações de que se cuida (IN-SRF Nº21/97) determina, de modo inquestionável, 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 no Rio de Janeiro, onde se localiza a sede da SAB Trading, e não a Inspeção da Receita Federal de Vitória-ES onde se deu a importação, como ocorreu no presente caso, *in verbis*:

IN SRF nº 21 de 10.03.2007

Art. 15. A parcela do crédito a ser restituído ou ressarcido a um contribuinte, que exceder o total de seus débitos, inclusive os que houverem sido parcelados, poderá ser utilizada para a compensação com débitos de outro contribuinte, inclusive se parcelado.

...

§ 2º Se os contribuintes estiverem sob jurisdição de DRF ou IRF-A diferentes, o formulário a que se refere o parágrafo anterior deverá ser preenchido em duas vias, devendo cada contribuinte protocolizar uma via na DRF ou IRF-A de sua jurisdição.

§ 3º Na hipótese do parágrafo anterior, a via do Pedido de compensação de Crédito com Débito de Terceiros, entregue a DRF ou IRF-A da jurisdição do contribuinte titular do débito terá caráter exclusivo de comunicado.

§ 4º Na hipótese do § 2º, a competência para analisar o pleito, efetuar a compensação e adotar os procedimentos internos de que trata o § 2º do art. 13 é da DRF ou IRF-A da jurisdição do contribuinte titular do crédito.

(negrito nosso)

Desse modo, afirma que são nulos os autos de infração em tela, uma vez que foram lavrados por autoridade incompetente (art. 59 do Decreto n.º 70.235/1972).

Observa-se que na época de ocorrência dos fatos que ensejaram a autuação o dispositivo legal suscitado pela Recorrente já se encontrava revogado pela IN SRF nº41, de 07 de abril de 2000 que vedou a utilização de créditos de terceiros para fins de compensação de débitos relativos a impostos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, revogou todo o art. 15 da IN nº21/97, *in verbis*:

Art. 2º Fica revogado o art. 15, caput e parágrafos, da Instrução Normativa SRF Nº 021, de 10 de março de 1997.

Art. 3º Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação.

Ademais, tratando-se o processo de auto de infração, oportuno lembrar que o art. 10 do Decreto 70.235/72 prescreve que o Auto de Infração será lavrado por servidor competente (Auditor Fiscal da Receita Federal) no local da verificação da falta, que no caso foi a Inspetoria do Porto de Vitória. Eis o dispositivo que estabelece os requisitos para a lavratura do auto de infração:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterá obrigatoriamente:

I- a qualificação do autuado;

II- o local, a data e a hora da lavratura;

III- a descrição do fato;

IV- a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V- a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de 30 (trinta) dias;

VI- a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

(negrito nosso)

Dessa forma, não prospera a nulidade arguída pela Recorrente de incompetência da Autoridade Autuante.

Ainda, em sede preliminar, aduz a falta de MPF como causa de nulidade da autuação.

As nulidades no processo administrativo fiscal são aquelas constantes do art. 59 do Decreto nº 70.235/72, *in verbis*:

Art. 59. 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.

Percebe-se que a falta de MPF não se enquadra dentre aquelas hipóteses de nulidade do auto de infração, pois a sua falta não representa qualquer prejuízo ao direito de defesa do Contribuinte.

Neste Colegiado, é mansa e pacífica a jurisprudência que considera o MPF um mero instrumento interno da Administração Tributária, destinado ao controle e ao planejamento das atividades fiscalizatórias. Irregularidades em sua emissão, ou mesmo a sua falta, não têm potencial suficiente para anular o lançamento fiscal. Nesse sentido, reproduz-se parcialmente a ementa de julgado da Câmara Superior de Recursos Fiscais representativa desse entendimento:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL MPF. INSTRUMENTO INTERNO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL (RFB). EVENTUAIS VÍCIOS NÃO ANULAM O LANÇAMENTO.

O Mandado de Procedimento Fiscal MPF se constitui em mero instrumento interno da Administração Tributária, destinado ao controle e ao planejamento das atividades fiscalizatórias, irregularidades em sua emissão não são suficientes para se anular o lançamento. Precedentes CARF.

(Acórdão nº 9303005.795, Rel. Conselheiro Demes Brito, julgado em 21 de setembro de 2017).

Portanto, afasta-se também essa preliminar de nulidade.

Por fim, em questão preliminar, a empresa sustenta que os efeitos da liminar, proferida na ação cautelar ajuizada pela Fazenda Nacional (em face da empresa Sab Trading), não lhe alcançam porque não foi incluída no pólo passivo da demanda, embora fosse o caso de litisconsórcio passivo necessário unitário.

Observa-se pela leitura dos autos que tal temática não foi suscitada em sede de impugnação, não podendo, portanto, mais ser analisada nesta instância administrativa. Assim, os argumentos de defesa trazidos apenas em grau de Recurso Voluntário, em relação aos quais não se manifestou a autoridade julgadora de primeira instância, impedem a sua apreciação, por preclusão processual, de acordo com o art. 17 do Decreto nº 70.235/72.

No mérito, argumenta a Recorrente que não teria ocorrido o fato descrito como infração pela Autoridade Fiscal. Segundo seu entendimento, no caso sob exame, foi descrito como infração praticada pela recorrente a suposta "FALTA DE RECOLHIMENTO" de tributo. Na descrição da autuação, após o Auditor discorrer longamente sobre as compensações realizadas pela empresa e a Sab Trading, bem como as ações judiciais que as fundamentaram, não restou claro o verdadeiro motivo da lavratura dos autos.

Insurge-se afirmando que a empresa não deixou de quitar os tributos em questão, como se tivesse praticado a **infração** de "falta de recolhimento". Os tributos lançados foram todos quitados; as obrigações tributárias, à época de seus vencimentos, foram perfeitamente cumpridas pela Recorrente, que promoveu a extinção do respectivo crédito tributário por meio de compensações (art. 156, II, CTN) autorizadas judicialmente.

Tais afirmações da Recorrente não têm sustentação nos fatos apurados nos autos, isto porque a empresa não recolheu os tributos para extinguir o crédito tributário, apenas pleiteou a sua extinção utilizando-se de compensação, por meio das declarações de compensações entregues nas fls.925 a 1.286, fundada em medida judicial.

Por oportuno, faz-se um breve relato dos eventos jurídicos que envolvem o caso.

Conforme anteriormente consignado, nos autos do MS nº 99.0016658-2, foi reconhecido a 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 Nº21/97. O processo transitou em julgado em 03/10/2005.

Em 15/12/2005, a Fazenda Nacional obteve medida liminar na ação cautelar nº 2005.02.01.014472-3, que suspendeu os efeitos da coisa julgada para o fim de autorizar o Fisco a efetuar lançamentos com a exigibilidade suspensa para prevenir a decadência. Abaixo reproduz-se o trecho da decisão que denota o conteúdo do provimento:

Finalmente, cumpre ressaltar que, embora esta decisão confirme a liminar proferida nestes autos, não se pode olvidar que esta medida cautelar tem por objetivo assegurar o resultado final da ação rescisória. Com efeito, não tem a referida decisão o condão de desconstituir, desde logo, os efeitos da coisa julgada, ou seja, até o trânsito em julgado da decisão que resolver a ação principal, a união Federal deverá continuar, no que se refere ao pedido de aproveitamento de créditos apresentados pela requerida, a observar o que já foi, por diversas vezes, esclarecido neste processo. Vejamos:

(...)

2. Com respeito aos pedidos de ressarcimento e compensação em andamento até a decisão liminar proferida nesta ação cautelar, com vistas a assegurar o resultado final da ação principal (rescisória), da qual esta ação cautelar instrumento; impõe a decisão proferida nestes autos a suspensão dos procedimentos administrativos, permitindo o lançamento dos créditos tributários objeto dos pedidos, porém, com a exigibilidade suspensa, até o julgamento definitivo da ação principal;

(...)

Desse modo, a União deverá continuar adotando o mesmo procedimento que vem adotando (acima reprisado), no que se refere ao lançamento dos créditos tributários, assim como a suspensão da exigibilidade dos respectivos créditos, até o julgamento da ação rescisória em definitivo, ressalvada ulterior deliberação dos Órgãos a que competir eventuais recursos impugnando este julgado.

Em julgamento de agravo interno interposto por Sab Trading, em face da decisão proferida, o TRF2 esclareceu questões quanto ao alcance da decisão cautelar para desconstituir os pedidos de ressarcimento e compensações tributárias realizadas pela agravante no regime de lançamento por homologação em razão do acórdão transitado em julgado, tal como vinha procedendo a administração tributária. Eis a reprodução de trecho da decisão que mostra o seu conteúdo:

Com efeito, a ação rescisória, em regra, não suspende a execução da sentença rescindenda. Entretanto, como no caso destes autos, em que consideradas presentes o "fumus boni iuris" e o "periculum in mora", a suspensão impõe-se como garantia de eficácia da decisão a ser proferida na rescisória.

(...)

Desse modo, não há que se falar em desconstituição dos pedidos de ressarcimento e compensações tributárias realizadas pela agravante, em razão da decisão liminar deferida nestes autos, uma vez que essa desconstituição somente é possível com a decisão final da ação rescisória. Ademais, apenas a execução do v. acórdão foi suspensa em sede de liminar.

Portanto: conclui-se que a decisão As fls. 2055/2058, ao indeferir o pedido da agravante, extrapolou o contido na decisão que deferiu a liminar, uma vez que esta apenas determinou a suspensão dos efeitos e a conseqüente execução do v. Acórdão proferido na Apelação em Mandado de Segurança no 2001.02.01.047030-0, até a decisão definitiva da lide na ação rescisória.

Não se pode negar a enorme distância entre o deferimento do pedido e a plausibilidade desse deferimento. A cautelar visa a prevenir a perda de eventuais direitos, o que tornaria ineficaz o provimento principal. É esse escopo da medida e o pedido feito no processo cautelar, de que decorreu a liminar. Ora, não se pode implementar o sentido e a extensão do dispositivo expresso na decisão liminar fora desse contexto, sob pena de se conferir ao provimento liminar eficácia que não o integra no seu todo.

Posto isso, na forma do artigo 242 do Regimento Interno deste Tribunal, reconsidero a decisão As fls. 2055/2058, determinando que seja oficiado A Procuradoria da Fazenda Nacional e A Delegacia da Receita federal no Rio de Janeiro, para que cumpram a decisão liminar nos termos em que deferida, isto é, sem que seja levado a efeito a desconstituição dos pedidos de ressarcimento e compensações tributárias

realizadas pela agravante, uma vez que apenas a execução do v. acórdão foi suspensa em sede de liminar, donde se conclui a possibilidade da realização dos atos tendentes a prevenir a eventualidade do direito e ao aperfeiçoamento dos créditos tributários respectivos ou à sua subsistência, como no caso dos lançamentos.

Ato contínuo, a Fazenda Nacional ajuizou a ação rescisória nº 2006.02.01.000416-4, com provimento judicial favorável para considerar improcedente a ação mandamental, conforme se pode conferir no *site* do TRF2: <http://portal.trf2.jus.br/portal/consulta/resconsproc.asp>. O processo ainda se encontra em andamento para julgamento de Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional e Agravo em Recurso Especial da Sab Trading.

Nas citadas decisões judiciais restou evidenciado que o acórdão transitado em julgado na ação mandamental de interesse da autuada, na condição de cessionária dos créditos-prêmio de IPI, não é definitiva em razão do provimento judicial obtido pela Fazenda Nacional em 15.12.2005, com a propositura de Ação Cautelar Inominada, preparatória de ação rescisória, com a finalidade de suspender a execução do acórdão proferido na AMS nº 2001.02.01.047030-0.

Observa-se, ainda, que não há qualquer impedimento judicial para a realização do lançamento fiscal efetuado. Ao contrário, na medida cautelar obtida pela Fazenda Nacional de nº2005.02.01.014472-3 há autorização expressa para se efetuar o lançamento dos tributos envolvidos com o fim de prevenir a sua decadência e exigibilidade suspensa dos créditos constituídos até o deslinde final da ação rescisória.

Nesse cenário, visando prevenir a decadência e não havendo qualquer óbice, o lançamento fiscal foi corretamente operado pelo Auditor Fiscal, uma vez que foi verificada a efetiva ocorrência do fato gerador tributário do II e do IPI, a matéria sujeita a esses tributos, bem como os montantes individualizados dos impostos devidos, nos termos do 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.

Ademais, não compete ao Auditor Fiscal agir de forma discricionária no exercício de suas atribuições. Dessa forma, em constatando a falta de recolhimento, como se deu no presente caso, já que a compensação realizada pela empresa se encontra *sub judice*, e identificada a ocorrência do fato gerador, cumpri-lhe lavrar de imediato o lançamento fiscal de ofício de forma vinculada, constituindo o crédito tributário.

O auto de infração lavrado, portanto, deve seguir o seu curso normal na esfera administrativa, exceto quanto aos procedimentos para sua cobrança, pois, conforme consta no conteúdo das decisões judiciais transcritas, encontra-se com a sua exigibilidade suspensa. Isso é o que determina o art.62 do Decreto nº70.235/72, aplicável ao caso, *in verbis*:

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.

Parágrafo único. Se a medida referir-se a matéria objeto de processo fiscal, o curso deste não será suspenso exceto quanto aos atos executórios.

Como bem colocado pela Julgador *a quo*, o procedimento de lançamento não se confunde com a sua cobrança, a qual só se realiza após a constituição definitiva do crédito na via administrativa. Logo, a suspensão da exigibilidade não tem efeito sobre a constituição do crédito tributário por meio do lançamento fiscal, havendo influência somente sobre a cobrança deste crédito após constituído, posto que esta última somente pode ser realizada se ocorrer o deslinde da discussão judicial de forma desfavorável à empresa.

Também correta está a denominação da infração (FALTA DE RECOLHIMENTO) adotada pela Autoridade Tributária e contestada pela Recorrente, haja vista que se encontra em consonância com a descrição dos fatos constante do auto de infração, no qual restou claro que a necessidade do lançamento por falta de recolhimento dos impostos sobre as importações realizadas no período. A empresa pleiteou a extinção dos tributos por meio de compensação com créditos de terceiros que, conforme já indicado, não gozam de certeza e liquidez, posto que estão sob discussão judicial sobre a sua procedência. Diante disso, o Fisco necessitou realizar o lançamento do tributo de ofício como medida assecuratória de garantia da Fazenda Pública contra a decadência e visando futura cobrança do crédito constituído, no caso de não confirmação de existência do crédito utilizado na compensação.

Assim, identificada a ocorrência do fato gerador e a inexistência de recolhimento do tributo ou existência de compensação em caráter definitivo para a extinção dos tributos correspondentes, correto está o lançamento fiscal, com a exigibilidade suspensa, por falta de recolhimento dos tributos (II e IPI) incidentes sobre as importações listadas nas fls. 3 a 38, 206 a 235 e 237 a 238.

Por fim, aduz a Recorrente que, na hipótese de manutenção da autuação, a exigência fiscal deverá ser vinculada ao desfecho do processo judicial nº2006.02.01.000416-4, em substituição ao processo administrativo nº12466.002362/2000-20 que constou nos autos de infração. Abaixo, o pedido da Recorrente em seus exatos termos:

78. Assim, na remota hipótese de manutenção das autuações, o que se aceita apenas para argumentar, a exigência fiscal deverá ser 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. Embora este pedido da impugnação da recorrente tenha sido acolhido pela DRJ/FNS, como se deduz das afirmações constantes do v. acórdão recorrido, notadamente daquelas A. fl. 926-verso, a recorrente necessita, por questões de segurança jurídica, que tal vinculação seja determinada expressamente.

Compulsando os autos, observa-se que constam nas capas dos autos de infração, do processo administrativo nº12466.002362/2000-20, a seguinte informação:

O crédito tributário lançado através do presente Auto de Infração esta com a exigibilidade suspensa por força de Medida Liminar concedida nos autos do processo nº12466-002362/2000-20 (Art, 151, II e IV do CTN).

Compulsando os autos, observa-se que o referido processo administrativo tem por objeto, de acordo com informação contida nas fls.813, a especificação do rito burocrático a ser seguido pela empresa nas importações controladas peça ARF Vitória enquanto às importações que estiverem amparadas por Liminar concedida no MS nº 99.0016658-2 para compensação com créditos de terceiros. Informa-se também que nele estão arrolados alguns documentos relativos a ação judicial.

Depreende-se que o processo administrativo visa justamente controlar os eventos do processo judicial MS nº 99.0016658-2 que se relacionam com as compensação realizadas pela empresa SERVER utilizando-se de crédito-prêmio de IPI de terceiros. Assim, embora o Auditor pudesse citar diretamente o número da ação judicial como fundamento da suspensão da exigibilidade do crédito, nenhuma impropriedade há em citar o processo administrativo que visa justamente controlar os eventos do mesmo processo judicial.

Ademais, noticia-se que nos próprios autos do MS nº99.0016658-2, em 15/12/2005, a Fazenda Nacional obteve medida liminar cautelar inominada nº 2005.02.01.014472-3, que suspendeu os efeitos da coisa julgada para o fim de autorizar o Fisco a efetuar lançamentos com a exigibilidade suspensa para prevenir a decadência. A referida decisão é expressa no sentido de determinar que a exigibilidade dos créditos tributários constituídos deverão ser suspensos até o deslinde da ação rescisória, conforme o seguinte trecho da decisão:

(...)

Desse modo, a União deverá continuar adotando o mesmo procedimento que vem adotando (acima reprisado), no que se refere ao lançamento dos créditos tributários, assim como a suspensão da exigibilidade dos respectivos créditos, até o julgamento da ação rescisória em definitivo, ressalvada ulterior deliberação dos Órgãos a que competir eventuais recursos impugnando este julgado.

(negrito nosso)

Assim, na lavratura do auto de infração, o Auditor aplicou corretamente as determinações contidas nas decisões judiciais relativas ao MS nº99.0016658-2, devendo, por isso, a exigibilidade do crédito constituído ser suspensa até a decisão definitiva da Ação Rescisória, salvo se houver uma outra decisão judicial que antecipe a sua cobrança.

Diante do exposto, voto no sentido de conhecer em parte do recurso para, na parte conhecida, negar-lhe provimento.

(assinado digitalmente)

Pedro Sousa Bispo - Relator

Processo nº 12466.002892/2008-51
Acórdão n.º **3402-006.395**

S3-C4T2
Fl. 1.555
