

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

Processo n° 12709.000549/2007-91
Recurso n° 143.393 Voluntário
Acórdão n° 3201-00343 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de outubro de 2009
Matéria II/IPI FALTA DE RECOLHIMENTO
Recorrente SONITEC DIAGNÓSTICO MÉDICO POR IMAGEM S/S LTDA.
Recorrida DRJ - FLORIANÓPOLIS/SC

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 19/06/2007

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. AÇÃO JUDICIAL CONCOMITÂNCIA.

Nos termos da Súmula n° 5, do 3° CC, "Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura, pelo sujeito passivo, de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação da matéria distinta da constante do processo judicial".

DEPÓSITOS JUDICIAIS INTEGRAIS.
LANÇAMENTO PARA EVITAR A
DECADÊNCIA. POSSIBILIDADE.

Conforme previsto no art. 63 da Lei n.º 9.430/96, a administração pública pode, e deve, efetuar lançamentos para evitar a decadência.

RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Terceira Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do relator.



JUDITH DO AMARAL MARCONDES ARMANDO

Presidente



LUCIANO LOPES DE ALMEIDA MORAES

Relator

Participaram, ainda do presente julgamento, os Conselheiros Mércia Helena Trajano D'Amorim, Ricardo Paulo Rosa, Marcelo Ribeiro Nogueira e Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro.

Relatório

Por bem descrever os fatos relativos ao contencioso, adoto o relato do órgão julgador de primeira instância até aquela fase:

Trata o presente processo de três Autos de Infração (fls. 01-17) relativamente ao registro da DI nº 07/0793794-3.

O primeiro auto trata do lançamento do Imposto sobre Produtos Industrializados; o segundo auto, da Cofins-importação; e o terceiro, do Pis/Pasep-importação.

Não houve recolhimento dos tributos em razão de decisões judiciais.

Lavrado o Auto de Infração em tela e intimada a autuada (fl. 63), ingressou a mesma com a petição de fls. 89-106. Seguem as alegações da empresa.

O equipamento médico foi importado em arrendamento mercantil, operação que se encontra com redução a zero da alíquota do IPI, do Pis e da Cofins, conforme a Lei nº 10.865/2004 e Decreto nº 4.544/2002.

Além do exposto no parágrafo anterior, as liminares judiciais suspenderam a exigibilidade do crédito tributário.

Alega cerceamento de defesa pelo fato de os autos haverem sido lavrados antes de configurada qualquer infração ou descumprimento de pagamento de tributos. O artigo 62 do Decreto nº 70.235/1972 proíbe a instauração de procedimento fiscal em casos de suspensão da exigibilidade de tributos por força de decisão judicial.

Há litispendência entre o processo judicial e a via administrativa, sendo que não houve renúncia à instância administrativa pois foi a fiscalização que lavrou os autos de infração na pendência de ações judiciais obrigando a empresa a promover defesa administrativa.

Há decisão judicial sobre a matéria, devendo o processo ficar sobrestado.

Solicita o sobrestamento/extinção do presente auto de infração em virtude da existência de demanda judicial

Pelos motivos expostos solicita a nulidade da autuação.

No mérito defende a inexigibilidade do Pis/Pasep e Cofins nas operações de arrendamento mercantil e da base de cálculo adotada no artigo 7º da lei nº 10.865/2004.

Defende igualmente a inexigibilidade do IPI nas operações de arrendamento mercantil.

Solicita a nulidade da autuação pelas preliminares argüidas e, subsidiariamente, a improcedência da autuação.

Solicita também a observância da declaração de inconstitucionalidade do artigo 7º da Lei nº 10.865/2004.

À folha 192-194 consta despacho da IRF Florianópolis em que se decidiu o desmembramento dos autos de infração relativos ao Pis/Pasep-importação e Cofins-importação para a constituição de novo processo. O documento explica o motivo da decisão.

O processo judicial relativo às contribuições sociais (2007.70.00.015569-7) obteve êxito ao ter a liminar deferida para a liberação das mercadorias, sendo a liminar posteriormente confirmada em sentença. Já o processo relativo ao IPI (2007.70.00.0015570-3) obteve êxito parcial determinando a liberação de mercadoria mediante termo de responsabilidade, sendo que tal liminar não foi confirmada em sentença, cuja apelação foi recebida apenas no efeito devolutivo.

À folha 194, enviou-se o processo a esta DRJ para Julgamento, sendo que à folha 195 foi o processo devolvido para verificar o atendimento da determinação de desmembramento.

À folha 196, confirma-se o desmembramento dos créditos tributários relativos ao Pis/Pasep-importação e Cofins-importação no processo nº 12719.001510/2007-71. Encaminhou-se o processo a esta DRJ para julgamento.

Na decisão de primeira instância, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Florianópolis/SC não conheceu a impugnação da recorrente, conforme Decisão DRJ/FNS nº 13.296, de 01/08/2008, fls. 232/236:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Data do fato gerador: 19/06/2007

EXISTÊNCIA DE AÇÃO JUDICIAL COM O MESMO OBJETO.

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

Lançamento Procedente.

Às fls. 239 o contribuinte toma ciência da decisão, ofertando recurso voluntário de fls. 240/264 e, assim, é dado andamento ao processo.

Voto

Conselheiro LUCIANO LOPES DE ALMEIDA MORAES, Relator

O recurso é tempestivo e atende aos requisitos de admissibilidade.

A recorrente discute nos autos a tributação do IPI na importação objeto da DI 07/0793794-3.

Como se verifica dos autos, a recorrente discute os mesmos temas já objeto de debate judicial, o que impede a apreciação do feito na seara administrativa.

Com a devida vênia ao entendimento da recorrente, entendo estar correta a decisão recorrida.

No momento em que a recorrente submete à apreciação do Poder Judiciário determinado debate, não pode o fazer também na esfera administrativa, visto a clara preferência da primeira em relação à segunda, em consonância com o previsto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal/88, segundo o qual a decisão judicial sempre prevalece sobre a administrativa.

Desse modo, a ação judicial tratando de determinada matéria infirma a competência administrativa para decidir de modo diverso, uma vez que, se todas as questões podem ser levadas ao Poder Judiciário, a ele é conferida a capacidade de examiná-las de forma definitiva e com o efeito de coisa julgada.

Nesse sentido este Conselho já editou a Súmula nº 5, do Terceiro Conselho: *“Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura, pelo sujeito passivo, de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação de matéria distinta da constante do processo judicial”*.

Quanto ao fato da possibilidade de lançamento para evitar a decadência, entendo não haver qualquer irregularidade no fato.

Conforme previsto no art. 63 da Lei n.º 9.430/96, é possível à administração pública efetuar lançamentos para evitar a decadência, sendo vedado o lançamento de multa:

Art. 63. Na constituição de crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributo de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma dos incisos IV e V do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, não caberá lançamento de multa de ofício.

§ 1º. O disposto neste artigo aplica-se, exclusivamente, aos casos em que a suspensão da exigibilidade do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo.

§ 2º. A interposição da ação judicial favorecida com a medida liminar interrompe a incidência da multa de mora, desde a concessão da medida judicial, até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição.

Como no presente caso somente foi lançado o principal, sem multa e juros em face do depósito integral, não há que se falar em qualquer irregularidade neste procedimento.

Quanto às demais argumentações da recorrente, a decisão recorrida bem analisou o tema, motivo pelo qual adoto suas razões de decidir para complementar o voto ora proferido:

A matéria realmente controvertida em instância administrativa é a possibilidade de a Administração Pública realizar o ato administrativo do lançamento tributário, bem como algumas nulidades alegadas pela empresa.

Nesse sentido, deve-se ter em mente que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário não impede a constituição do crédito mediante o lançamento, notadamente ao constatar que o prazo decadencial para o lançamento do crédito tributário é ininterrupto.

O presente processo é mera constituição do crédito tributário com a finalidade de se prevenir a decadência e não uma exigência do valor em questão. De se observar que a autoridade fiscal consignou que o crédito tributário lançado está com a exigibilidade suspensa por força de medida liminar concedida nos autos do processo nº 2007.70.00.015570-3.

Quanto à possibilidade e a necessidade de formalização da exigência pelo lançamento nos casos em que o crédito tributário está sendo discutido em juízo, existe pacificada jurisprudência no STJ. Transcrevem-se trechos de um dos numerosos acórdãos a respeito, in verbis:

*Acórdão RESP 75075/RJ; RECURSO ESPECIAL1995/0048411-0.
Fonte:DJ DATA:14/04/2003 PG:00206*

Relator:Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS (1094)

Ementa:TRIBUTÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – MEDIDA LIMINAR – RECURSO ADMINISTRATIVO – LANÇAMENTO – EFETIVAÇÃO DE NOVOS LANÇAMENTOS – POSSIBILIDADE – CTN, ARTS, 151, I E III, E 173 – PRECEDENTES.

- A concessão da segurança requerida suspende a exigibilidade do crédito tributário, mas não tem o condão de impedir a formação do título executivo pelo lançamento, paralisando apenas a execução do crédito controvertido.

- Recurso especial conhecido e provido.

Data da Decisão: 25/02/2003

Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA

Decisão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento. Votaram com o Relator os Ministros Eliana Calmon e João Otávio de Noronha. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Franciulli Netto. Presidiu o julgamento a Exma. Sra. Ministra Eliana Calmon.

Resumo Estruturado

POSSIBILIDADE, FAZENDA PUBLICA, REALIZAÇÃO, LANÇAMENTO TRIBUTARIO, AUTUAÇÃO FISCAL, INDEPENDENCIA, EXISTENCIA, RECURSO ADMINISTRATIVO, CONTRIBUINTE, LIMINAR, MANDADO DE SEGURANÇA, SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CREDITO TRIBUTARIO, CARACTERIZAÇÃO, ATO VINCULADO, NECESSIDADE, IMPEDIMENTO, OCORRENCIA, DECADENCIA, CONSTITUIÇÃO DO CREDITO TRIBUTARIO, RESSALVA, IMPOSSIBILIDADE, EXECUÇÃO JUDICIAL, CREDITO TRIBUTARIO.

(negritei e sublinhei)

O Código Tributário Nacional não apresenta qualquer vedação legal para a constituição do crédito tributário em tela, conforme se extrai do artigo 151 e seus incisos do CTN, que se transcreve in verbis:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I - moratória;

II - o depósito do seu montante integral;

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

V - a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial;

VI - o parcelamento.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes.

(negritei)

Observe-se que o texto legal diz claramente “suspendem a exigibilidade”, o que não afasta a legalidade da constituição do crédito tributário, ainda que o crédito seja momentaneamente inexigível por existência de causa suspensiva. Sustentando essa tese, existe o Parecer PGFN/CRJN/nº 1.064-93, de 1º de novembro de 1993.

A obrigação de a Fazenda Pública sempre constituir o crédito tributário consta, também, do texto contido no livro de Leandro Paulsen, Direito Tributário, 2ª edição, pág. 587, in verbis:

A suspensão da exigibilidade do crédito não impede a decadência. “A suspensão regulada pelo artigo 151 do Código Tributário Nacional paralisa temporariamente o exercício efetivo do poder de execução, mas não suspende a prática do próprio ato administrativo de lançamento, decorrente de atividade vinculada e obrigatória, nos termos do artigo 142 do mesmo Código, e necessária para evitar a decadência do poder de lançar. Nem o depósito, nem a liminar em mandado de segurança têm a eficácia de impedir a formação do título executivo pelo lançamento, pelo que a autoridade administrativa deve exercer o seu poder-dever de lançar, sem quaisquer limitações, apenas ficando paralisada a executoriedade do crédito.” (Alberto Xavier, Do Lançamento: Teoria Geral do Ato, do Procedimento e do Processo Tributário, 2ª ed., Forense, 1997, pp. 427/428)

– “A suspensão da exigibilidade não permite a cobrança do crédito, repelindo a fluência dos prazos prescricionais insculpidos no artigo 174 do código antes referido. Não deixam de correr, contudo, os prazos fixados para a constituição do crédito tributário, de caráter decadencial, fixados no artigo 173 do CTN. Em função do exposto, as autoridades fiscais, diante da constatação de depósito não albergado pelo competente lançamento, devem efetuar a constituição do crédito para prevenir a decadência.” (Geraldo Brickmann, Depósito Judicial e o Lançamento de Ofício para Prevenir a Decadência, em Revista de Estudos Tributários nº 8, pp. 17/18, jul/ago-99)

(negritei e sublinhei)

Também temos o AgRg no RESP 678081/RJ; Agravo Regimental no Recurso Especial 2004/0090443-6 - Ministro José Delgado (1105) T1 - Primeira Turma 08/03/2005 - DJ 02.05.2005 p. 212, in verbis:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DE VALORES RELATIVOS A PEDIDO ADMINISTRATIVO ATÉ EXAURIMENTO DA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

- 1. Agravo regimental contra decisão que negou seguimento ao recurso especial da agravante.*
- 2. O acórdão a quo determinou a suspensão da exigibilidade dos valores relativos a processo administrativo até que seja exaurida a instância administrativa.*
- 3. Além das condições necessárias em todas as ações, quais sejam, a possibilidade jurídica, o interesse e a legitimatio ad causam, a mandado de segurança subordina-se a elementos extraordinários ou específicos.*
- 4. Com o objetivo de conferir à parte interessada a segurança e garantia para o eficaz desenvolvimento e profícuo resultado da ação, é*

indispensável, para o provimento mandamental, a visualização de um dano potencial, um risco que deve ser obstaculizado incontinenti, ou seja, o direito líquido e certo, através do fumus boni iuris e do periculum in mora, sob pena de, enquanto aguarda a parte o trâmite normal da ação, sofrer no seu direito dano irreparável.

5. Possibilidade da suspensão da exigibilidade do tributo em questão, não estando o Fisco impedido de aferir a exatidão do quantum dos créditos de que se diz titular a recorrida.

6. A respeito da suspensão debatida, nos casos em que pendente procedimento administrativo fiscal, ocorrido após a notificação do contribuinte, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, de forma vasta, tem se pronunciado nos seguintes termos:

- “O Código Tributário Nacional estabelece três fases inconfundíveis: a que vai até a notificação do lançamento ao sujeito passivo, em que corre prazo de decadência (art. 173, I e II); a que se estende da notificação do lançamento até a solução do processo administrativo, em que não correm nem prazo de decadência, nem de prescrição, por estar suspensa a exigibilidade do crédito (art. 151, III); a que começa na data da solução final do processo administrativo, quando corre prazo de prescrição da ação judicial da fazenda (art. 174)” (RE 95365/MG, Rel. Ministro Décio Miranda, in DJ03.12.81).” (REsp nº 190092/SP)

- “A constituição definitiva do crédito tributário se dá quando não mais cabível recurso ou após o transcurso do prazo para sua interposição, na via administrativa.” (REsp nº 239106/SP)

- “Com a notificação do auto de infração consuma-se o lançamento tributário. Após efetuado este ato, não mais se cogita em decadência. O recurso interposto contra a autuação apenas suspendem a eficácia do lançamento já efetivado.” (REsp nº 118158/SP)

7. O fato de não se tratar de “reclamação ou recurso administrativo”, mas de petição dirigida à autoridade lançadora, assim como não ter ocorrido depósito do montante integral ou qualquer outra causa suspensiva da exigibilidade do crédito, não descaracteriza a possibilidade de concessão do benefício.

8. Agravo regimental não provido.

(negritei sublinhei)

Resumindo, não existe nenhuma previsão legal para “lançamento judicial”, nem legislação no sentido de que a discussão judicial substitui o lançamento ou interrompa a decadência. Pelo contrário, ocorreram muitos casos em que, quando a decisão judicial transitou em julgado a favor da Fazenda Nacional, o crédito tributário já estava decaído por falta de lançamento (ato administrativo privativo do Auditor Fiscal), daí a orientação interna da SRF no sentido de que a autoridade fiscal sempre efetue o lançamento preventivo da decadência

quando o contribuinte toma a iniciativa de discutir o crédito tributário na Justiça.

Nenhuma violação à lei, ou ao Poder Judiciário ocorreu no caso porque, como já vimos, a constituição do crédito tributário pelo lançamento, isoladamente, não é definitiva.

Ademais, a autoridade fiscal deve obrigatoriamente proceder ao lançamento devido aos termos do art. 142 do CTN, 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.

(negritei)

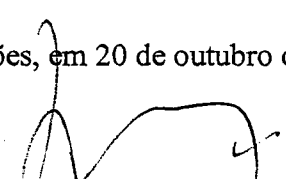
Não houve qualquer cerceamento de defesa, uma vez que houve intimação do lançamento sendo que, na verdade, a exigibilidade do tributo é objeto de discussão judicial, como todas as garantias asseguradas pela legislação processual. Além disso, o auto de infração trata tão-somente da exigência dos tributos, não sendo imposta à autuada qualquer penalidade (multa) por não descumprimento de obrigação tributária.

Em resumo, foi lícito o ato administrativo de lançamento consubstanciado na lavratura do auto de infração.

À época do lançamento (24/07/2007), não havia decisão determinando a suspensão da cobrança do tributo. Logo, o lançamento foi corretamente efetuado.

Ante o exposto, voto por não conhecer do recurso em relação ao mérito e, na parte em que não há concomitância, negar provimento ao recurso voluntário interposto, prejudicados os demais argumentos.

Sala das Sessões, em 20 de outubro de 2009.


LUCIANO LORES DE ALMEIDA MORAES