



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

Processo n° 12749.000228/2007-10
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3201-003.464 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 28 de fevereiro de 2018
Matéria Concomitância
Recorrente CONSÓRCIO LUMMUS ANDRÔMEDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Período de apuração: 10/10/2002 a 10/01/2006

LANÇAMENTO DESTINADO A PREVENIR DECADÊNCIA. AÇÃO JUDICIAL.

A discussão na esfera judicial não impede o lançamento para constituir o crédito tributário, visando a prevenir os efeitos da decadência.

CONCOMITÂNCIA. SÚMULA N.º 1.

De acordo com a Súmula n.º 1 deste Conselho, deve ser reconhecida a concomitância se verificado que o contribuinte ingressou no Poder Judiciário para tratar do mesmo objeto ou causa de pedir.

JUROS.

São devidos juros de mora sobre o crédito tributário não integralmente pago no vencimento, ainda que suspensa sua exigibilidade, salvo quando existir depósito no montante integral. Súmula CARF n.º 5.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer em parte o recurso e na parte conhecida negar provimento. Votou pelas conclusões a Conselheira Tatiana Josefovicz Belisário. Fez sustentação oral o patrono Dr. Felipe Santos Costa, OAB/RJ 156.380, escritório Trench, Rossi e Watanabe Advogados.

(assinatura digital)

WINDERLEY MORAIS PEREIRA - Presidente Substituto.

(assinatura digital)

PEDRO RINALDI DE OLIVEIRA LIMA - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Winderley Moraes Pereira (Presidente), Paulo Roberto Duarte Moreira, Marcelo Giovani Vieira, Pedro Rinaldi de Oliveira Lima, Tatiana Josefovich Belisário, Leonardo Vinicius Toledo de Andrade.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário de fls. 4001 em face da decisão de primeira instância da DRJ/SC de fls. 3932 que julgou improcedente a Impugnação de fls 2421 e simultaneamente reconheceu a concomitância.

A autoridade de origem lavrou os Autos de Infração de II, IPI, Pis e Cofins Importação das fls. 11 a 1074 e apresentou o Termo de Constatação e Verificação Fiscal em fls. 1226.

Como de costume nesta Turma de julgamento, transcreve-se o relatório do Acórdão de primeira instância, para apreciação dos fatos, matéria e trâmite dos autos, conforme segue:

"Trata o presente processo dos Autos de Infração de fls. 01 a 621, por meio dos quais são feitas as seguintes exigências:

fls. 01 a 239 - R\$ 661.317,48 (seiscentos e sessenta e um mil, trezentos e dezessete 1 reais e quarenta e oito centavos) a título de Imposto de Importação.

2 - R\$ 495.988,11 (quatrocentos e noventa e cinco mil, novecentos e oitenta e oito reais e onze centavos) a título de Multa de Ofício de 75%. > ` fls. 242 a 465 4 - R\$ 284.628,46 (duzentos e oitenta e quatro mil, seiscentos e vinte e oito reais e quarenta e seis centavos) de Imposto sobre Produtos Industrializados.

5 - R\$ 213.471,35 (duzentos e treze mil, quatrocentos e setenta e um reais e trinta e cinco centavos) de Multa de Ofício de 75%.

fls. 468 a 544 6 - R\$ 1.165.504,42 (um milhão, cento e sessenta e cinco mil, quinhentos e quatro reais e quarenta e dois centavos) de Pis/pasep - Importação.

7 - R\$ 874.128,32 (oitocentos e setenta e quatro mil, cento e vinte e oito reais e trinta e dois centavos) de Multa de Ofício de 75%.

fls. 545 a 621 8 - R\$ 5.368.199,07 (cinco milhões, trezentos e sessenta e oito mil, cento e noventa e nove reais e sete centavos) de Cofins - Importação.

9 - R\$ 4.026.149,30 (quatro milhões, vinte e seis mil, cento e quarenta e nove reais e trinta centavos) de Multa de Ofício de 75%.

Os juros de mora lançados foram calculados até 31/05/2007.

A autoridade autuante assim descreveu os fatos, fls. 11, 243, 469, 546, 622 a 627, em síntese:

Que o importador, por meio das DI's relacionadas às fls. 11 a 48-verso, submeteu ao regime aduaneiro especial de drawback, na modalidade suspensão, diversas mercadorias, por meio do ato concessório nº 20020020341, de 11/10/2002, o qual concedeu prazo até 25/06/2006 para o fornecimento dos bens no mercado interno, conforme art. 5º da Lei nº 8.032, de 12/04/1990.

Que o contribuinte utilizou os bens importados para a construção do complexo industrial gás-químico - planta de etileno, planta de polietileno e planta de utilidades, adquiridas pela Rio Polímeros S/A, através das notas fiscais 4314, 4315 e 4316, emitidas em 31/03/2006, com aceite em 03/04/2006, inclusive atestado pelo laudo técnico proferido por técnico certificante da DRF/Nova Iguaçu, cumprindo-se, desta forma, o princípio da vinculação física, de acordo com o art. 341 do Decreto nº 4.543, de 2002.

Que o presente auto de infração foi lavrado em função da declaração de nulidade do ato concessório supra citado, com efeito retroativo à data de validade inicial, proferida através da Decisão nº 342/Decex-2006, de 17/07/2006, processo Decex nº 52500.000415/2006-40. - Que através do processo judicial nº 2007.51.01.002500-9, 3º Vara Federal do Rio de Janeiro, foi deferida em 23/02/2007 a antecipação dos efeitos da tutela, suspendendo a eficácia da anulação do AC nº 20020020341, até ulterior deliberação do juízo.

Que o crédito tributário foi constituído com exigibilidade suspensa.

Cientificada da presente exigência, a autuada apresentou a impugnação de fls. 1733 a 1764, alegando, em síntese:

Que a d. fiscalização Federal, em total descumprimento às determinações contidas na decisão judicial, lavrou 04 (quatro)

autos de infração ora impugnados, sob a alegação de que o fazia para evitar a decadência.

Que não restam dúvidas de que a ação judicial trata de matéria estritamente relacionada à discutida no presente processo, sendo de rigor - e até de bom senso - o sobrestamento do andamento do presente processo administrativo até o desfecho da ação judicial.

Defende às fls. 1739 a 1764 a manutenção do regime aduaneiro especial de drawback de trata o Ato Concessório nº 20020020341.

Requer a procedência da impugnação, sendo, em decorrência, determinado o cancelamento dos autos de infração.

É o relatório. Passo ao voto."

A DRJ/SC de fls. 3932 publicou seu acórdão de primeira instância com a seguinte Ementa:

"Assunto: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 10/10/2002 a 10/01/2006

AÇÃO JUDICIAL E CONSTITUIÇÃO DE OFÍCIO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

Como a constituição do crédito tributário é de competência privativa da autoridade administrativa sua discussão em juízo não substituíra, à época do fato gerador, O lançamento, que deveria ser efetuado como medida preventiva da decadência.

Assunto: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 10/10/2002 a 10/01/2006

AÇÃO JUDICIAL. AUTO DE INFRAÇÃO. CONCOMITÂNCIA DE OBJETO.

Em face do princípio constitucional de unidade de jurisdição, a existência de ação judicial em que se discute idêntica matéria importa renúncia às instâncias administrativas, sendo de se aplicar o que for definitivamente decidido no âmbito do poder judiciário.

Impugnação Improcedente.

Crédito Tributário Mantido."

Em sessão transcorrida em 28 de outubro de 2010, a 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 3ª Seção decidiu, por unanimidade de votos, em não conhecer o recurso voluntário, interposto pelo sujeito passivo nos termos do acórdão nº 320100.595 de fls. 4098, assim ementado:

"ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 10/10/2002 a 10/01/2006

LANÇAMENTO DESTINADO A PREVENIR DECADÊNCIA. Ação JUDICIAL.

A discussão na esfera judicial não impede o lançamento para constituir o crédito tributário, visando a prevenir os efeitos da decadência.

RENÚNCIA À INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL.

A propositura, pelo sujeito passivo, de ação judicial por qualquer modalidade processual, com objeto idêntico ao discutido no processo administrativo, importa renúncia às instâncias administrativas e a desistência do recurso interposto.

Recurso Voluntário Não Conhecido."

Cientificada da referida decisão, o CONSÓRCIO LUMMUS ANDRÔMEDA, tempestivamente, interpôs embargos de declaração em fls. 4108, onde alega nulidade da mesma, tendo em vista que a pauta que deu origem ao julgamento, publicada no Diário Oficial da União de 15/10/2010, não constou como seria de rigor o número do processo, bem como o número do recurso informado na referida publicação não correspondia ao presente caso.

Diante de tal conjuntura, a ora Embargante peticionou à então presidente dessa Câmara, expondo a situação acima narrada e requerendo anulação do julgamento, o que foi prontamente deferido, tendo sido publicada nova pauta de julgamento para o dia 18.02.2011, a qual noticiava corretamente a inclusão em pauta do presente processo para o dia 28.02.2011, às 14:00 h.

Continua a embargante que ciente da sessão de Julgamento em questão, o patrono compareceu para realizar sustentação oral, ocasião em que foi surpreendido com a notícia de que os julgadores não teriam sido informados da anulação do julgamento anterior pela d. Presidente.

Diante do exposto, requereu o provimento aos embargos de declaração.

Os embargos declaratórios foram conhecidos por decisão do Presidente da Turma em fls. 4133, na forma do art. 65, caput, Anexo II, do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 9 de junho de 2015. Foi determinada, assim, a inclusão do processo em pauta para julgamento do Colegiado.

Ao fim, o processo digitalizado foi distribuído e pautado nos termos do regimento interno deste conselho e esta Turma de julgamento decidiu por anular por completo o julgamento anterior, conforme Ementa do Acórdão de fls. 4135, reproduzida a seguir:

"ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 10/10/2002 a 10/01/2006

OMISSÃO (DO NÚMERO DO PROCESSO) NA PAUTA DE JULGAMENTO IMPLICA ANULAÇÃO DE ACÓRDÃO. EXISTÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS.

Acolhem-se os embargos de declaração quando caracterizada a aduzida omissão na pauta publicada.

Embargos acolhidos."

Em fls. 4141 a União manifestou não ter interesse na apresentação de recurso e o contribuinte, em fls. 4187, reiterou seu Recurso Voluntário.

Assim, a presente lide administrativa trata de um novo julgamento do Recurso Voluntário.

Relatório proferido.

Voto

Conselheiro Relator - Pedro Rinaldi de Oliveira Lima.

Conforme o Direito Tributário, a legislação, os fatos, as provas, documentos e petições apresentados aos autos deste procedimento administrativo e, no exercício dos trabalhos e atribuições profissionais concedidas aos Conselheiros, conforme Portaria de condução e Regimento Interno, apresenta-se este Voto.

Mesmo que o tempestivo Recurso Voluntário contenha matéria preventa desta 3.^a Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, não é possível conhecê-lo em razão de concomitância com processo judicial.

Conforme destacado no relatório, o lançamento ocorreu diante de indícios não recolhimento do Imposto de Importação, Imposto sobre Produtos Industrializados e das contribuições para o PIS/PASEP e COFINS, quando do registro das Declarações de Importação, com exigibilidade suspensa, tendo em vista a antecipação dos efeitos da tutela, suspendendo a eficácia da anulação do Ato Concessório AC nº 20020020341, conforme processo judicial nº 2007.51.01.0025009, 3^a Vara Federal do Rio de Janeiro.

Em resumo, o contribuinte sustentou em seu Recurso Voluntário que os juros não devem incidir enquanto suspensa a exigibilidade, sustentou a impossibilidade de lavratura de Auto de Infração enquanto suspensa a exigibilidade e argumentou pela não existência da concomitância, uma vez que o objeto não seria o mesmo.

Analisadas as peças judiciais (ação anulatória com pedido de antecipação de tutela, decisão da 3.^a Vara da Justiça Federal do Rio de Janeiro, Certidão, processo internos do MDIC e ato concessório) de fls. 3763 em confronto com o lançamento, consubstanciado nos Autos de infração e Relatório Fiscal, é possível concluir que o objeto das medidas judiciais e o objeto da presente lide administrativa fiscal é o mesmo, visto que o inadimplemento do compromisso de exportar em modalidade de Drawback suspensão é a discussão central, que encontra-se na Poder Judiciário, conforme exposto no próprio Auto de Infração de II de fls. 2458:

001 - INADIMPLEMENTO DO COMPROMISSO DE EXPORTAR - DRAWBACK SUSPENSÃO

O importador, por meio das DI abaixo relacionadas, submeteu ao regime aduaneiro especial de drawback, na modalidade suspensão, diversas mercadorias, por meio do Ato Concessório nº 20020020341, de 11/10/2002, o qual concedeu prazo até 25/06/2006 para o fornecimento de bens no mercado interno, conforme art. 5º da Lei nº 8.032, de 12/04/1990.

O contribuinte utilizou os bens importados para a construção do Complexo Industrial Gás-químico - planta de etileno, planta de polietileno e planta de utilidades, adquiridas pela Rio Polímeros SA, através das notas fiscais 4314, 4315 e 4316, emitidas em 31/03/2006, com aceite em 03/04/2006, inclusive atestado pelo Laudo Técnico proferido por Técnico Certificante da DRF/Nova Iguaçu, cumprindo-se, desta forma, o princípio da vinculação física, de acordo com art. 341, do Decreto nº 4.543/2002 (Regulamento Aduaneiro).

O presente auto foi lavrado por força da declaração de nulidade do AC supracitado, com efeito retroativo à data de validade inicial, proferida através da Decisão nº 342/DECEX-2006, de 17/07/2006, no processo DECEX nº 52500.000415/2006-40.

Através do processo judicial nº 2007.51.01.002500-9, da 3^a Vara Federal do Rio de Janeiro, foi deferida, em 23/02/2007, a antecipação dos efeitos da tutela, suspendendo a eficácia da anulação do AC de Drawback nº 20020020341, até ulterior deliberação do Juízo. Por este motivo, o crédito este sendo constituído com exigibilidade suspensa.

O presente julgamento pode considerar as sábias palavras da Conselheira relatora Mércia Helena Trajano D'amorim, no Acórdão anulado, tanto porque se aplicam ao caso em concreto - uma vez que o acórdão foi anulado somente em razão de cerceamento de defesa que ocorreu em razão da não publicação do número do processo na anterior pauta de julgamento - , quanto porque fundamenta uma possível e talvez a única solução.

Desse modo, cientes de que a legislação prevê o lançamento de ofício para a prevenção da decadência, conforme positivado no Art. 63 da Lei 9.430/96, utilizo das mesmas palavras e fundamentos expostos pela Conselheira, no Acórdão de fls., conforme parcialmente transcrito a seguir:

"Trata-se de discussão na esfera judicial, o que, não impede o lançamento para constituir o crédito tributário, visando a prevenir os efeitos da decadência.

Argumenta a empresa que a autuação deve ser desconstituída, pois representa flagrante desobediência à ordem judicial que restabeleceu, até decisão judicial em contrário, o regime de drawback a' que estava.

Ressalte-se que o art. 63 da Lei nº 9.430/96 dispõe sobre o lançamento de ofício, destinado à prevenção da decadência, para a constituição de crédito tributário cuja exigibilidade houver sido suspensa em face da 'existência de liminar concedida em mandado de segurança ou outra medida judicial acautelatória, in verbis:

“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 (grifei).

Logo, a constituição do crédito tributário, visando prevenir a decadência, não deve ser confundida com algum procedimento fiscal visando efetivar cobrança e/ou a execução de crédito. A autoridade fiscal estava obrigada a efetuar o presente lançamento devido ao fato de a constituição do crédito tributário, além de ser de sua competência privativa, figura atividade vinculada e obrigatória, nos termos do art. 142 do CTN.

A exigência fiscal deste processo depende do resultado na esfera judicial, com total conexão de matérias.

Percebe-se que a situação fática da autuação tem o mesmo objeto da apreciação do Poder Judiciário.

De outra parte, está pacificamente assentado, na esfera administrativa, o entendimento de que a opção do contribuinte pela via judicial implica renúncia às instâncias julgadoras da via administrativa ou desistência de eventual recurso interposto, no caso de o objeto da lide ser idêntico em ambas. E que diante do dispositivo constitucional há prevalência da esfera judicial sobre a administrativa.

Tal dispositivo encontra-se em consonância com o princípio constitucional da unidade de jurisdição, consagrado 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.

A respeito, já dispunha a Lei n.º 6.830/1980, em seu art. 38, parágrafo único, que a propositura, pelo contribuinte, de mandado de segurança, ação anulatória ou declaratória de nulidade de crédito da Fazenda Nacional importa renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto. - Cumpre ressaltar que o mesmo tratamento foi adotado pelo Ministro de Estado da Fazenda no art. 26 da Portaria nº 258/2001, ao estabelecer que a propositura pelo contribuinte contra a Fazenda Nacional de ação judicial com o mesmo objeto importa a desistência do processo.

Portanto, a propositura de ação judicial pela recorrente, em razão disso, nos pontos em que haja idêntico questionamento, torna ineficaz o processo administrativo. De fato, havendo o deslocamento da lide para o Poder Judiciário, perde o sentido a apreciação da mesma matéria na via administrativa. Do contrário, ter-se-ia a absurda hipótese de modificação de decisão judicial transitada em julgado e, portanto, definitiva, pela autoridade administrativa.

Assim sendo, a coisa julgada a ser proferida no âmbito do Poder Judiciário, jamais pode ser alterada no processo administrativo, pois tal procedimento fere a Constituição Federal que adota o modelo de jurisdição unitária, em que são soberanas as decisões judiciais.

Dessa forma, tendo a interessada buscado a via judicial para resguardar sua pretensão, renunciando à instância administrativa, nos termos do Ato Declaratório (Normativo) n.º 3/96 do Coordenador-Geral do Sistema de Tributação da Secretaria da Receita Federal."

Ficou evidente nos autos que, ao discutir o mesmo objeto e causa de pedir no Poder Judiciário, o contribuinte optou por duas das vias de defesa, o que gerou concomitância, prevista na Súmula n.º 1 deste Conselho:

"Súmula CARF nº 1: Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial."

A questão do juros, por sua vez, é discussão que está amadurecida neste Conselho, por conta do disposto na Súmula CARF nº 5, transcrita a seguir:

"Súmula CARF nº 5: São devidos juros de mora sobre o crédito tributário não integralmente pago no vencimento, ainda que suspensa sua exigibilidade, salvo quando existir depósito no montante integral."

Durante a sessão surgiu uma discussão a respeito incidência ou não das multas, mas é possível verificar que não há pedido do contribuinte sobre esta matéria exata. Não havendo pedido, a matéria da multa está preclusa.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, conhecer parcialmente o Recurso Voluntário, em razão da concomitância e na parte conhecida não dar provimento.

Voto proferido.

(assinatura digital)

Conselheiro Relator - Pedro Rinaldi de Oliveira Lima.