



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo n°	10314.001572/2005-49
Recurso n°	135.100 Voluntário
Matéria	PIS/COFINS IMPORTAÇÃO
Acórdão n°	303-34.384
Sessão de	12 de junho de 2007
Recorrente	BERTIN LTDA.
Recorrida	DRJ/SÃO PAULO/SP

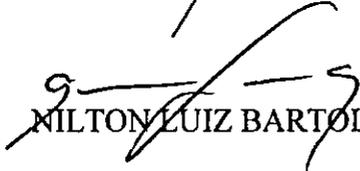
Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ementa: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. AÇÃO JUDICIAL CONCOMITANTE. SÚMULA 3ºCC Nº 5. Nos termos da Súmula nº 5 do 3º 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."

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da TERCEIRA CÂMARA do TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, não tomar conhecimento do recurso voluntário, nos termos do voto do relator.


ANELISE DAUDT PRIETO - Presidente


NILTON LUIZ BARTOLI - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Nanci Gama, Silvio Marcos Barcelos Fiúza, Marciel Eder Costa, Tarásio Campelo Borges, Luis Marcelo Guerra de Castro e Zenaldo Loibman.

Relatório

Trata-se de Auto de Infração (fls. 31/34), lavrado em 18/02/2005, pelo qual se exige recolhimento das contribuições PIS/PASEP- Importação e COFINS - Importação, em função dos seguintes fatos:

(i) por meio de Declaração de Importação de n.º 04/1284077-99, registrada em 15/12/2004, o importador submeteu a despacho "guindastes autopropulsores sobre pneus, computadorizados, com capacidade de movimento tipo 'caranguejo' e capacidade máxima de carga igual ou superior a 23t., modelo 45-31, série 5251, marca Vvs Ferrari", classificada na TEC no código 8426.41.00;

(ii) com a edição da Lei 10.865, de 30/04/2004, DOU 30/04/2004, foram instituídas sobre a importação de bens e serviços, a incidência da Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor, com alíquota de 1,65% e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social com alíquota de 7,6%;

(iii) lavrado o Auto de Infração para cobrança do crédito tributário, cuja exigibilidade ficará suspensa em razão de decisão prolatada nos autos do MS n.º 2004.61.00.013268-3, pela 12ª Vara Federal/SP, pelo deferimento da antecipação de tutela "para suspender a exigibilidade da contribuição ao PIS - Importação sobre as importações pela autora realizadas, nos moldes na Lei 10865/04, até julgamento final da presente ação";

(iv) considerou-se que: - o PIS está incluso na base de cálculo do COFINS; - na base de cálculo do Cofins calculado e recolhido na DI não consta o PIS, cuja exigibilidade está suspensa;

(v) consta no auto de infração o PIS e a diferença do COFINS, considerando o PIS em sua base de cálculo e o recolhido na DI.

Capitulou-se a exigência nos artigos 2º, 482/486, 489, 491, 504, 602, 603 incisos I, IV e V, 604 inciso III e 684 do Regulamento Aduaneiro, aprovado pelo Decreto n.º 4.543/02; artigo 121, inciso I, da Lei n.º 5.172/66; artigo 5º inciso I, 4º inciso I, 7º inciso I, 8º inciso I e II e 13 inciso I, da Lei n.º 10.865/04, Norma de Execução COANA n.º 006/04, bem como Instrução Normativa n.º 436/04.

No que se refere aos juros de mora (SELIC), estes se encontram fundamentados no artigo 7º, § 3º, inciso I, alínea "a", da Lei n.º 9.090/95, na redação do artigo 79, da Lei n.º 10.833/03.

Ciente do Auto de Infração (fls. 31), o contribuinte apresentou tempestivamente a Impugnação de fls. 38/41, acompanhada dos documentos de fls. 42/128, alegando que

(i) as contribuições estão relacionadas à importação acobertada pela Declaração de Importação (DI) n.º 04/1284077-9, registrada em 15/12/04, não tendo efetuado o recolhimento por estar amparada por decisões judiciais das 7ª e 12ª Varas Federais de São Paulo, proferidas



nos autos dos processos judiciais n.ºs 2004.61.00.013269-5 e 2004-61-00-013268-3;

(ii) o AFRF realizou o lançamento com a suspensão da exigibilidade do crédito tributário das duas decisões, informando no texto da autuação, que caso sejam cassadas as decisões judiciais a Impugnante deverá recolher os valores das contribuições que deixarem de ser recolhidas no momento de registro da DI, ocorre que o AI não merece prosperar, por estar viciado com inúmeras irregularidades a acarretarem a sua nulidade insanável;

(iii) ante as flagrantes inconstitucionalidade e ilegalidades da exigibilidade da Cofins e do PIS na importação de bens e produtos advindos do exterior, nos termos da Lei n.º 10.865/04, o auto de infração merece ser cancelado;

(iv) para evitar a transcrição de todas as razões de defesa, adite-se os argumentos constantes nas iniciais dos processos judiciais n.º 2004.61.00.013269-5 e 2004.61.00.013268-3 (docs. 04 e 05).

Isto posto, o contribuinte requer o cancelamento do auto de infração e, na remota chance de não descaracterizá-lo, requer a realização de perícia, por aplicação do artigo 16, inciso IV, do Decreto n.º 70.235/72, para que se verifique eventual diferença de valores referentes às contribuições em comento.

Encaminhados os autos à Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo/SP, esta indeferiu o pedido de diligência para cálculo, pois obteve-se os mesmos valores apresentados no AI e julgou procedente o lançamento (fls. 141/145), não conhecendo da Impugnação, tendo em vista que a matéria já foi levada à apreciação do Poder Judiciário, cuja decisão será cumprida no tocante à exigibilidade ou não do referido crédito.

Irresignado com a decisão de primeiro grau de jurisdição, o contribuinte interpôs tempestivo Recurso Voluntário às fls. 148/159, reiterando argumentos, fundamentos e pedidos apresentado em sua peça impugnatória, bem como aduzindo, ainda, que:

o acórdão recorrido deve ser reformado no tocante à solicitação de perícia requerida, nos termos do artigo 16, IV, do Decreto n.º 70.235/72;

a perícia se justifica para que seja apurada a eventual diferença de valores das duas contribuições existentes em razão de cálculo que considere as regras do Ato Declaratório n.º 17/2004 e Instrução Normativa SRF n.º 436/2004;

tendo em vista a independência entre as esferas administrativa e judicial, não procede a r.decisão recorrida que não conheceu da impugnação, sob o entendimento de que a matéria já fora tratada em ação judicial, isso porque esta teve como fito suspender a exigibilidade do crédito tributário (artigo 151, inciso V, do CTN);

não obstante ter sido deferido o pedido de tutela antecipada pleiteada nas ações ordinárias propostas em face da União com o fim de suspender a exigibilidade da Cofins e da contribuição para o PIS, a Fazenda Nacional, para salvaguardar seus interesses, lavrou o

presente auto de infração formalizando a exigência do recolhimento das referidas contribuições;

se a matéria está sendo apreciada pelo Poder Judiciário, que suspendeu a exigibilidade do crédito tributário através de liminar em ação ordinária, como pode a Fazenda Nacional não conhecer da impugnação apresentada se lavrou AI exigindo o pagamento do crédito tributário suspenso?

pode a mesma matéria ser discutida em ambas esferas de Poder, uma vez se tratar de esferas independentes, assim, o não conhecimento de sua impugnação caracteriza-se como flagrante cerceamento de defesa, insculpido no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal;

com efeito, o artigo 38 da Lei nº 6.830/80 é inconstitucional, por vedar o direito de recorrer às esferas administrativas quando já proposta ação judicial tratando da mesma matéria, ofendendo o Princípio do Livre Acesso ao Judiciário, previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, estando neste sentido, jurisprudência do STF;

em razão da inconstitucionalidade do artigo 1º da Emenda Constitucional nº 42/2003, quanto a inclusão do inciso II, no § 2º, do artigo 149 e do inciso IV, no artigo 195, da Constituição Federal, deve-se declarar inexistente a relação jurídica tributária para com a União na importação de bem comprado no exterior, devendo ser cancelado o AI em questão;

a inconstitucionalidade também existe por ofender o artigo 60, §4º, incisos I e II da Constituição Federal, bem como pela inconstitucionalidade do artigo 1º e seguintes da Lei nº 10.865/2004, por ofender os artigos 5º, inciso LIV, 145, parágrafo único, 146, inciso III, alínea 'a', 149, caput c/c §2º, inciso III, alínea 'a', 150, inciso II, 154, inciso I, 194, caput, 195, caput c/c §9º, 246, todos da Constituição Federal;

há, ainda, ofensa ao artigo 2º da Lei Complementar nº 70/91 e artigo 6º, parágrafo único da Lei Complementar nº 07/70, bem como ao artigo 7º do Tratado de Assunção, artigo 3º do GATT;

a exigibilidade da Cofins e da Contribuição para o PIS na importação de produtos não merece persistir, em razão da inconstitucionalidade do artigo 1º da Emenda Constitucional nº 42/2003, na parte em que inclui o inciso II, no §2º, do artigo 149 e o inciso IV, no artigo 195, ambos da Constituição Federal de 1988;

a referida emenda, ao declinar competência tributária da União Federal para instituir contribuição para o financiamento da seguridade social na importação de bens advindos do exterior, afrontou o artigo 60, § 4º, incisos I e IV da Constituição Federal, que vedam emendas constitucionais tendentes a suprimir "a forma federativa de Estado" e "os direitos e garantias individuais";

existiu ofensa ao direito e garantia individual dos contribuintes de apenas se sujeitarem à cobrança de contribuição social de seguridade social quando essa possuir, de fato, a natureza e características essenciais para ser considerada como tal;

a exigibilidade de outro imposto quando da importação resulta o bis in idem com o Imposto de Importação exigido na forma do artigo 153, inciso I, da Constituição federal de 1988, sendo algo que somente poderia ter sido permitido caso existisse expressa autorização constitucional para a existência de duplicidade de cobrança no texto originário da Constituição Federal;

reconhecer a exigibilidade da Cofins nas operações de importações de produtos estrangeiros, é ir de encontro ao disposto na Lei Complementar n.º 70/91, que assegura o recolhimento da contribuição sobre o faturamento, conquanto não há faturamento em sede de importação, hipótese de incidência da referida contribuição (artigo 195, inciso IV da CF);

no tocante à contribuição para o PIS, a Lei n.º 10.865/04 é inconstitucional, visto incidir somente sobre os contribuintes listados em seu artigo 15, assim, somente os contribuintes sujeitos ao regime não-cumulativo da Contribuição para o PIS/PASEP, poderiam aproveitar a crédito o valor da contribuição quando da importação, o que afronta o Princípio da Capacidade Contributiva (artigo 145 da CF);

segundo a Constituição Federal, a criação de contribuição para a Seguridade Social deve decorrer de Lei Complementar para ser possível sua exigibilidade, nos termos do artigo 149 da Constituição Federal, ressaltando a observância do artigo 146, inciso II do mesmo diploma;

em nenhum momento foram fixados o fato gerador e base de cálculo das contribuições devidas na importação de bens;

A Lei 10.865/03 também é constitucional por ofensa aos artigos 195, §4º e 154, inciso I da Constituição;

a incidência das contribuições (COFINS e PIS) na importação, uma vez mais é inconstitucional dessa vez em razão da afronta aos diversos tratados Internacionais assinados pelo Brasil, haja vista a imputação de encargo diferenciado aos bem importados;

a impossibilidade da cobrança da Cofins e da Contribuição para o PIS na importação também decorre de já ter a União Federal exercido a competência tributária de instituir o tributo sobre o faturamento dos contribuintes.

Dos argumentos expostos, o contribuinte requer seja acolhido o presente Recurso, reformando-se a r.decisão recorrida, declarando a improcedência do Auto de Infração ora combatido.

Em garantia ao seguimento do Recurso Voluntário apresenta Relação de Bens e Direitos para Arrolamento às fls. 179/180.

Os autos foram distribuídos a este Conselheiro, constando numeração até às fls.182, última.



Desnecessário o encaminhamento do processo à Procuradoria da Fazenda Nacional para ciência quanto ao Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, nos termos da Portaria MF nº 314, de 25/08/99.

É o Relatório.



Voto

Conselheiro NILTON LUIZ BARTOLI, Relator

Presentes os requisitos de admissibilidade, passo a análise do Recurso Voluntário, por conter matéria de competência deste Terceiro Conselho de Contribuintes.

Consoante se observa dos autos, a Recorrente submeteu a despacho aduaneiro mercadoria importada, através de Declaração de Importação, não recolhendo a contribuição ao PIS-Importação, em virtude de antecipação de tutela concedida nos autos da Ação Ordinária nº 2004.61.00.013268-3 (fls. 57/59), bem como recolheu COFINS-Importação sem incluir o PIS-Importação em sua base de cálculo.

Não obstante, deixo de apreciar o mérito das argumentações trazidas aos autos, em face da manifesta concomitância entre o processo administrativo e o judicial, que se apresenta no caso, conforme reconhecido pela própria decisão de primeira instância.

Neste sentido, gize-se a Súmula nº. 5, deste 3º Conselho de Contribuintes, que assevera que:

"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."

Com efeito, como se constata das cópias das petições iniciais das Ações Ordinárias, com Pedido de Tutela Antecipada, juntadas às fls. 60/92 e 93/128, encontram-se nos procedimentos judiciais o mesmo objeto de discussão que no presente procedimento administrativo, qual seja, referente à exigibilidade do crédito tributário da contribuição ao PIS/PASEP e para a COFINS, incidentes nas importações de produtos estrangeiros comprados no exterior, realizadas pela Recorrente, exigidas nos termos do artigo 1º e seguintes da Lei nº 10.865/04.

Observe-se que a ora Recorrente pleiteia judicialmente a declaração de "inexistência de relação jurídica tributária com a União" (fls.91 e 127) que a obriga a efetuar o pagamento de Cofins e Pis/Pasep, na importação, e, no presente processo, justamente exige-se o recolhimento de tais contribuições (Pis-Importação e diferença de Cofins-Importação, considerando-se o PIS em sua base de cálculo e o recolhido na DI).

Importa notar também que às fls. 01 (item 6) fala-se em "a fim de prevenir a decadência, deverá ser lavrado o auto de infração (...), estando, contudo, a sua exigibilidade suspensa", bem como às fls. 142 (4º parágrafo) a DRJ – São Paulo-SP relata que:

"assim, para salvaguardar os interesses da Fazenda Nacional, na eventualidade de decisão judicial definitiva desfavorável ao contribuinte, foi lavrado o presente auto de infração ao PIS-Importação devida, como também da diferença entre o valor devido e recolhido a título de COFINS- Importação (planilha às fls. 33), totalizando o valor originário de R\$24.311,17."

Logo, vê-se que nas referidas medidas judiciais, discute-se as mesmas matérias que ora estão submetidas a esta esfera administrativa, quais sejam: a exigibilidade da COFINS e PIS/Pasep, na importação.

Outrossim, até o momento não houve trânsito em julgado das mencionadas ações, como se denota dos extratos processuais abaixo, extraídos do sítio eletrônico oficial do Tribunal Regional Federal da 3ª. Região, visto que ambas as ações foram remetidas a este mencionado Tribunal para julgamento de recurso.¹

Consulta pelo Número do Processo

Processo Consultado : 200461000132683 Consulte este processo no TRF 3ª Região

Processo	Detalhes
2004.61.00.013268-3	<i>Classe : 29-ACAO ORDINARIA (PROCEDIMENTO COMUM ORDINARIO)</i>
	<i>Vara : 12</i>
	<i>Localização Física : em</i>
	<i>Assunto : PIS - CONTRIBUICAO SOCIAL - TRIBUTARIO S/IMPORTACAO CONF LEI10865/04 C/NULIDADE A TUTELA</i>
	<i>Data do Protocolo : 12/05/2004</i>
	<i>Tipo de Distribuicao : 2 DISTR. AUTOMATICA</i>
	<i>Numero de Volumes : 4</i>
	<i>Valor da Causa : 20.000,00</i>
	<i>AUTOR : BERTIN LTDA E OUTROS</i>
	<i>REU : UNIAO FEDERAL</i>
	<i>Dist/Redist lancada p/ : DCN ANDERSON CASTRO N PADOAN</i>
	<i>Usuario ult. alteracao : FOZ FABIÓLA OLIVASTRO ZAGORDO</i>
	<i>Data ultima alteracao : 10/01/2006</i>
	<i>Senha de cadastramento : CIVEL</i>

¹ <http://www.trf3.gov.br/>

Ultima Fase : Em 10/01/2007 REMESSA EXTERNA TRF - 3a.
REGIAO PROCESSAR E JULGAR RECURSO Guia n: 2/2007 (12a.
Vara)

1 Consulta TRF3R

O Sistema Detectou os seguintes Processos

PROCESSO	PROC. ORIGEM	CLASSE	RELATOR	SITUAÇÃO
2005.03.00.028725-2	2004.61.00.013268-3	234574 - AG	ALDA BASTO	BAIXADO VARA ORIG.
2004.03.00.029591-0	2004.61.00.013268-3	209039 - AG	ALDA BASTO	BAIXADO VARA ORIG.
2004.03.00.026289-7	2004.61.00.013268-3	207589 - AG	ALDA BASTO	BAIXADO VARA ORIG.

Consulta pelo Número do Processo

Processo Consultado : 200461000132695 Consulte este processo no TRF 3ª Região

Processo	Detalhes
2004.61.00.013269-5	<i>Classe</i> : 29-ACAO ORDINARIA (PROCEDIMENTO COMUM ORDINARIO)
	<i>Vara</i> : 7
	<i>Localização Física</i> : TRF em 12/06/2006
	<i>Assunto</i> : COFINS - CONTRIBUICAO SOCIAL - TRIBUTARIO S/IMPORTACOES CONF LEI 10865/04 C/NULIDADE A TUTELA
	<i>Data do Protocolo</i> : 12/05/2004
	<i>Tipo de Distribuicao</i> : 2 DISTR. AUTOMATICA
	<i>Numero de Volumes</i> : 3
	<i>Valor da Causa</i> : 20.000,00
	<i>AUTOR</i> : BERTIN LTDA E OUTROS
	<i>REU</i> : UNIAO FEDERAL
	<i>Dist/Redist lancada p/</i> : DCN ANDERSON CASTRO N PADOAN
	<i>Usuario ult. alteracao</i> : MQT MARIA ROSA MESQUITA
	<i>Data ultima alteracao</i> : 12/05/2004

Senha de cadastramento : CIVEL

Ultima Fase : Em 19/06/2006 REMESSA EXTERNA TRF - 3a.
REGIAO PROCESSAR E JULGAR RECURSO Guia n: 77/2006 (7a.
Vara)

2 Consulta TRF3R

O Sistema Detectou os seguintes Processos

PROCESSO	PROC. ORIGEM	CLASSE	RELATOR	SITUAÇÃO
2005.03.00.013037-7	2004.61.00.013269-5	230202 - AG	NERY JUNIOR	MOVIMENTO
2004.61.00.013269-5	2004.61.00.013269-5	1166165 - AC	NERY JUNIOR	MOVIMENTO
2004.03.00.026500-0	2004.61.00.013269-5	207749 - AG	NERY JUNIOR	Baixado VARA ORIG.

É certo que essa questão que vem atormentando os membros do Conselho de Contribuintes comprometidos em harmonizar as decisões administrativas em face das prerrogativas constitucionais do Poder Judiciário, de modo a resguardar o sagrado direito de todos os cidadãos a obter a prestação de tutela jurisdicional seja no âmbito do Executivo, seja perante os Juizes, diz respeito à possibilidade ou não de simultâneo processamento nestas esferas.

De logo cumpre assentar a meridiana clareza do texto constitucional ao proclamar com solenidade a independência e harmonia entre os Poderes da República, bem assim a prerrogativa funcional do Judiciário para aplicar o direito em caso concreto, apreciando toda e qualquer ameaça ou lesão de direito, em caráter preponderante e definitivo, consagrando o princípio da ubiqüidade do Poder Judiciário, conforme o estilo de PONTES DE MIRANDA.

Destarte, não parece conformar-se ao direito constitucional pátrio admitir a coexistência de procedimento administrativo e processo judicial, examinando simultaneamente idênticas matérias objeto de lide entre idênticas partes.

Iniciado o processo judicial nessas características, fecham-se as portas do procedimento administrativo; iniciado o processo administrativo e instaurado o processo judicial nas mesmas características, deve ser a imediata extinção do feito administrativo.

E isso, como demonstrado, porque em face da harmonia e independência entres os Poderes e a prevalência do Judiciário sobre os demais Poderes para dirimir conflitos concretos, haveria grave ofensa à Constituição da República se admitida a possibilidade do Poder Executivo promover procedimento de características processuais idênticas a processo judicial em curso.

Parece-me mais consentâneo com o direito pátrio, cuja matriz constitucional de longe optou pelo modelo norte-americano e seus princípios, ser caso de impossibilidade ou proibição dirigida sistematicamente ao Executivo, no sentido de vedar-lhe o proferimento de decisões no âmbito de procedimentos administrativos, quando já provocado o Judiciário.

O obstáculo, como demonstrado acima, formaliza-se nas pétreas garantias de independência e harmonia entre os Poderes e a prevalência do Judiciário em face dos demais Poderes no que tange à solução das lides.

No mais, saliento que no item 1 de sua decisão, a DRJ-São Paulo/SP exarou decisão acerca da correção do cálculo das contribuições consoante a IN SRF nº 436/2004, diante de pedido de realização de diligência pelo contribuinte para tanto, no entanto, entendo que no momento não cabe discussão referente à forma correta de cálculo das referidas contribuições, pois a controvérsia cinge-se agora quanto ao cabimento de sua cobrança.

Isto posto, em face da manifesta relação de prejudicialidade existente entre as matérias debatidas perante o Judiciário, em sede de Ações Ordinárias, com Pedido de Tutela Antecipada, e perante esta Câmara, bem assim pelas graves conseqüências decorrentes de eventual contradição entre as decisões proferidas em uma e outra instância, voto no sentido de não conhecer da matéria de mérito ventilada no recurso voluntário.

Sala das Sessões, em 12 de junho de 2007


NILTON LUIZ BARTOLI - Relator