



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

Processo n° 10314.007868/2008-16
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3403-002.772 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de fevereiro de 2014
Matéria DRAWBACK-SUSPENSÃO
Recorrente FABRAMEX COM IMP E EXP LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: REGIMES ADUANEIROS

Período de apuração: 22/04/2005 a 28/11/2005

RETORNO SOBRESTAMENTO. REPERCUSSÃO GERAL. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. SÚMULA 2-CARF.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. Assim, os retornos de sobrestamento sem decisão definitiva do STF (em matérias de reconhecida repercussão geral) devem ser julgados tomando como constitucionais as leis a respeito das quais ainda se aguarda o posicionamento do STF.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário.

ANTONIO CARLOS ATULIM - Presidente.

ROSALDO TREVISAN - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antonio Carlos Atulim (presidente da turma), Marcos Tranchesi Ortiz (vice-presidente), Alexandre Kern, Domingos de Sá Filho, Rosaldo Trevisan e Ivan Allegretti.

Relatório

Versa o presente sobre Auto de Infração (fls. 2 a 55¹), lavrado em 28/07/2008 (com ciência em 31/07/2008 - fl. 2), por inadimplemento do compromisso de exportar no regime aduaneiro especial de *drawback*, na modalidade de suspensão, ensejando a exigência de imposto de importação, COFINS-importação, e contribuição para o PIS/PASEP-importação, todos acrescidos de juros e multa de ofício.

A fiscalização narra, na autuação, que: (a) em procedimento de auditoria fiscal do regime de *drawback*, na modalidade suspensão (às fls. 49 a 54 há didática explanação sobre as características do regime), com o objetivo de verificar o cumprimento das obrigações fiscais relativas a Atos Concessórios emitidos em nome da empresa e com prazo de validade encerrado, apurou-se a existência de **19 Atos Concessórios** em tal situação (e que em 6 deles, o compromisso de exportação foi integralmente cumprido); (b) para o **Ato Concessório 20050070550, as exportações foram insuficientes para o cumprimento integral** do Ato (exportou-se apenas 64,95% do compromisso, apesar de se ter importado 100% das matérias-primas), tendo sido lançados os tributos referentes à diferença; e **para os outros 12 Atos Concessórios, não foi feita nenhuma exportação**, tendo sido lançados os tributos referentes a todas as importações (tabela às folhas 56 a 59) vinculadas a tais Atos.

Em sua impugnação, a empresa alega, em suma, que: (a) **houve boa-fé** de sua parte, visto que a mercadoria importada ao amparo do regime não foi vendida no mercado interno, e ainda está nos estoques da empresa; (b) a **queda latente do dólar** inviabilizou suas exportações; (c) o **ICMS foi indevidamente incluído na base de cálculo da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS**, tendo em vista a inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo de faturamento para totalidade das receitas (Leis nº 10.637/2002 e nº 10.833/2003); (d) há necessidade de lei complementar (principalmente por constituírem nova fonte de custeio) para exigência da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS nas importações, sendo inconstitucional a Lei nº 10.865/2004; e (e) é inconstitucional a base de cálculo da contribuição para o PIS/ PASEP e da COFINS na importação de serviços.

Em 08/12/2011, no julgamento de primeira instância (fls. 225 a 230), acordou-se unanimemente pela procedência da autuação, visto que o autuado confessa que realmente não exportou as mercadorias importadas ao amparo do regime (inadimplemento incontroverso), e que o órgão não possui competência para exame de constitucionalidade.

Cientificada da decisão de primeira instância em 16/01/2012 (cf. AR à fl. 243), a empresa apresenta recurso voluntário em 15/02/2012 (fls. 245 a 262), repetindo a argumentação exposta na impugnação.

Em 28/06/2012, esta turma unanimemente decide sobrestar o julgamento do recurso voluntário (pela Resolução nº 3403-000.354), tendo em vista a reconhecida repercussão geral no RE nº 565.886/PR, e o disposto no art. 62-A do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256/2009 (com a redação dada pela Portaria MF nº 586/2010), no que se refere à necessidade de lei complementar para exigência da contribuição para o PIS/ PASEP-importação e da COFINS-importação.

¹ Todos os números de folhas indicados nesta decisão são baseados na numeração eletrônica da versão digital do processo (e-processos) conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Com o advento da Portaria MF nº 545, de 18/11/2013, que revogou os §§ 1º e 2º do art. 62-A do Anexo II do Regimento Interno do CARF, o presente processo volta a ser distribuído, para apreciação pelo colegiado, independente da decisão definitiva a ser proferida pelo STF no RE nº 565.886/PR.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rosaldo Trevisan, relator

Como destacado ainda por ocasião da emissão da Resolução nº 3403-000.354, cabe, de início, afastar de plano, por inadequação à presente autuação, as discussões sobre inconstitucionalidade: (a) da inclusão de ICMS na base de cálculo da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS, tendo em vista a inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo de faturamento para totalidade das receitas (Leis nº 10.637/2002 e nº 10.833/2003); e (b) da base de cálculo da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS na importação de serviços.

Na presente autuação não se discute importação de serviços, nem a contribuição para o PIS/PASEP ou a COFINS tratadas pelas Leis nº 10.637/2002 e nº 10.833/2003. Trata-se aqui somente da importação de mercadorias e das contribuições (contribuição para o PIS/PASEP-importação e COFINS-importação) previstas na Lei nº 10.865/2004.

Em relação ao inadimplemento do compromisso de exportar, nota-se que a matéria é incontroversa. A empresa admite o inadimplemento do compromisso de exportar, afirmando que o fez de boa-fé, não tendo comercializado as mercadorias no mercado interno (e nem exportado, pois em virtude da queda do dólar, “*não conseguiu um preço justo para exportação dos produtos importados*”).

É preciso esclarecer, contudo, que a fiscalização não autua a empresa por comercializar no mercado interno ou por agir de má-fé, mas tão somente por não cumprir o compromisso assumido no regime de *drawback* (exportar as mercadorias dentro do prazo de vigência do Ato Concessório), o que é reconhecido pela própria recorrente.

As intempéries econômicas e cambiais são tomadas em conta na própria edição das normas que regulam o *drawback*. Veja-se, por exemplo, os comandos do art. 13 da Lei nº 11.945/2009 (que prorroga por um ano os atos concessórios com vencimento entre 01/10/2008 e 31/12/2009), do art. 61 da Lei nº 12.249/2010 (que prorroga por um ano os atos concessórios com vencimento em 2010), do art. 8º da Lei nº 12.453/2011 (que prorroga por um ano os atos concessórios com vencimento em 2011), e do art. 20 da Lei nº 12.872/2013 (que prorroga por um ano os atos concessórios com vencimento em 2013). Não havendo ressalva para o período em análise, cabível a autuação.

Resta, assim, analisar a levantada necessidade de lei complementar para exigência da contribuição para o PIS/PASEP-importação e da COFINS-importação, que ensejaria conclusão pela inconstitucionalidade da Lei nº 10.865/2004.

A matéria é objeto do RE nº 565.886/PR, que tramita no STF, tendo sido reconhecida unanimemente a Repercussão Geral do tema (nº 79) por aquela corte em 8/5/2008 (DJe de 23/5/2008). Daí o sobrestamento inicialmente acordado por esta turma.

Até a revogação dos §§ 1º e 2º do art. 62-A do Anexo II do Regimento Interno do CARF, este tribunal administrativo decidia pelo sobrestamento dos processos sobre as matérias com repercussão geral reconhecida pelo STF, ainda não julgadas definitivamente pela corte suprema. Contudo, após a revogação, permanece vigente apenas o *caput* do art. 62-A:

*“Art. 62-A. As **decisões definitivas de mérito**, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, **deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.**”*
(grifo nosso)

E a questão em análise ainda não recebeu decisão definitiva do STF.

O efeito da revogação dos §§ 1º e 2º do art. 62-A (que permitia o sobrestamento de processos administrativos em decorrência da repercussão geral reconhecida pelo STF), aliado ao teor da súmula 2 deste CARF, ocasiona conclusão óbvia, que torna previsível a decisão administrativa.

Veja-se o teor dos parágrafos revogados pela Portaria MF nº 545, de 18/11/2013:

“§ 1º Ficarão sobrestados os julgamentos dos recursos sempre que o STF também sobrestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543-B.

§ 2º O sobrestamento de que trata o § 1º será feito de ofício pelo relator ou por provocação das partes.”

E complementa-se com o teor da Súmula 2 deste CARF (que comunga com o teor do art. 26-A do Decreto nº 70.235/1972):

“Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”

O silogismo é inevitável: se o STF reconhece a repercussão geral, por óbvio que há discussão sobre constitucionalidade. E se há discussão sobre constitucionalidade, o CARF é incompetente para manifestar-se negativamente, devendo acolher todas as leis tributárias como constitucionais. E, como não há mais a possibilidade de sobrestamento, o CARF deve julgar a matéria, sempre considerando as leis (cuja constitucionalidade o STF está a apreciar) como constitucionais.

Veja-se que de forma alguma se está aqui a defender que o comando legal em análise (Lei nº 10.865/2004) é constitucional (ou mesmo inconstitucional). Está-se, sim,

simplesmente afirmando que há súmula dispendo que os julgamentos deste CARF não podem assumir o comando legal como inconstitucional.

Houvesse decisão definitiva do STF no RE nº 565.886/PR, ou mesmo uma das hipóteses previstas no art. 26-A do Decreto nº 70.235/1972, cabível seria o reconhecimento administrativo da inconstitucionalidade.

Contudo, diante do cenário que se apresenta nos autos, cabível a aplicação da Súmula nº 2 do CARF, que impede a apreciação administrativa da alegação de necessidade de lei complementar para exigência da contribuição para o PIS/PASEP-importação e da COFINS-importação. Recorde-se que a análise da necessidade de lei complementar equivale à análise de constitucionalidade da lei ordinária empregada para tal fim (Lei nº 10.865/2004).

O raciocínio travado em relação à necessidade de lei complementar deve ser ainda empreendido no que se refere à base de cálculo da contribuição para o PIS/PASEP-importação e da COFINS-importação: valor aduaneiro, definida na redação original do art. 7º, I da Lei nº 10.865/2004.

A matéria é objeto do Recurso Extraordinário nº 559.607/SC, que tramita no STF, tendo também sido reconhecida a Repercussão Geral do tema (nº 01) por aquela corte em 26/09/2007.

Conforme DJE de 16/10/2013 (publicado em 17/10/2013), o STF reconheceu em plenário a inconstitucionalidade do acréscimo do ICMS e das próprias contribuições à base de cálculo da Contribuição para o PIS/PASEP-importação e da COFINS-importação, sendo o Min. Dias Toffoli encarregado de redigir o acórdão, rejeitando-se questão de ordem da Procuradoria da Fazenda Nacional que suscitava fossem modulados os efeitos da decisão.

Em consulta ao sítio *web* do STF, atesta-se que a Fazenda apresentou embargos de declaração em 12/11/2013, que foi juntada petição em 23/01/2014, e que os autos estão conclusos para o relator desde 04/02/2014.

Não há, assim trânsito em julgado da decisão, devendo ser igualmente aplicada a Súmula nº 2 do CARF.

Por fim, registre-se a alteração da redação do art. 7º, I da Lei nº 10.865/2004 pelo art. 26 da Lei nº 12.865, de 9/10/2013, excluindo da base de cálculo das contribuições exatamente as parcelas que o pleno do STF na decisão ainda não definitiva julgou inconstitucionais. A Lei nº 12.865/2004 deriva de conversão da Medida Provisória nº 615, de 17/05/2013, mas o texto do art. 26 não estava na MP, tendo surgido no processo de conversão, e entrado em vigor em 10/10/2013, data de publicação da lei (cf. art. 43, II).

A Administração foi mais rápida que o STF em expurgar do ordenamento o comando original do art. 7º, I da Lei nº 10.865/2004, mas fincou em lei o entendimento pela irretroatividade do novo comando posto em seu lugar. Poder-se-ia sustentar que tal irretroatividade fere a decisão exarada pelo pleno do STF, que expressamente negou a modulação de efeitos, mas a análise dessa questão novamente esbarraria na Súmula CARF nº 2, pois negaria vigência a dispositivo de ordem legal.

Não se vê, assim, novamente, pelo exposto, possibilidade de a questão ser resolvida administrativamente em favor da recorrente, pois ambas as redações do art. 7º, I da

Lei nº 10.865/2004 (cada uma a seu tempo - não havendo aqui que se falar em retroatividade benigna, por se tratar de determinação de base de cálculo) devem ser tidas pelo julgador administrativo como constitucionais.

Diante do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário apresentado.

Rosaldo Trevisan