



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

Processo n° 10314.009521/2008-16
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3201-001.301 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de maio de 2013
Matéria IMUNIDADE NA IMPORTAÇÃO
Recorrente FUNDAÇÃO JOÃO PAULO III
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Data do fato gerador: 31/05/2008

CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL

Lançamento para prevenção de decadência. Mandado de segurança preventivo impetrado para garantir o desembaraço aduaneiro sem incidência dos tributos aduaneiros, por aplicação do disposto no art. 150, VI, 'c', do Texto Constitucional.

Constatado que o processo administrativo guarda relação de identidade com o processo judicial - partes, causa de pedir e pedido - caracterizada a concomitância, com a consequente prevalência do processo judicial em relação ao administrativo. Aplicação da Súmula CARF n. 1.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Marcos Aurélio Pereira Valadão – Presidente

(assinado digitalmente)

Ana Clarissa Masuko dos Santos Araujo- Relatora

Participaram da sessão de julgamento, os Conselheiros: Marcos Aurélio Pereira Valadão (Presidente), Winderley Moraes Pereira, Daniel Mariz Gudiño, Carlos Alberto Nascimento e Silva Pinto, Ana Clarissa Masuko dos Santos Araújo, Luciano Lopes de Almeida Moraes.

Relatório

A ora Recorrente, instituição civil sem fins lucrativos, estabelecida para fins de assistência social e educacional, foi autuada no valor de R\$ 133.131,03, relativo a imposto de importação, IPI, PIS e COFINS e seus respectivos consectários legais, para prevenir a decadência, na importação de máquinas, aparelhos e instrumentos para radiodifusão.

Destarte, foi impetrado mandado de segurança preventivo, autuado sob o n. 2008.61.00.007656-9, contra o Inspetor da Receita Federal de São Paulo, para a liberação de bens importados sem a incidência dos tributos aduaneiros, com base no art. 150, VI, 'c', do Texto Constitucional, no âmbito do qual foi concedida medida liminar.

A ora Recorrente apresentou impugnação ao auto de infração, alegando a inaplicabilidade do art. 38 da Lei n. 6830/80 ao caso vertente, as ilegalidades e inconstitucionalidades relativas às contribuições sociais incidentes na importação, bem como a ilegalidade da taxa SELIC. Ainda, alegou que:

i. a Lei 8.032/90, arts. 2º e 3º concedeu isenção ao imposto de importação, desde que as importações sejam efetuadas por entidades de assistência social, o que é o seu caso;

ii. quanto ao PIS e COFINS incidentes sobre a importação, que deveriam ter sido veiculadas por Lei Complementar, sendo inconstitucional sua instituição pela Medida Provisória 164/2004 e a respectiva conversão na Lei 10.865/2004;

iii. que a base de cálculo adotada nessas contribuições também é inconstitucional, pois o art. 7º da Lei 10.865/04, ao fixar a base de cálculo do PIS/PASEP-Importação e da COFINS- Importação, extrapolou o conceito constitucional de valor aduaneiro.

A 1ª Turma da DRJ/SP2, através do acórdão 17-51.480, julgou improcedente a impugnação apresentada, entendendo incidir na espécie a Súmula 5, do 3º Conselho de Contribuintes, por se considerar caracterizada a concomitância entre o processo administrativo e o judicial. No que tange às alegações de ilegalidade e inconstitucionalidade, entendeu-se que há incompetência das instâncias administrativas, para a apreciação da matéria.

Em sede de recurso voluntário, a Recorrente reiterou os argumentos de impugnação, acrescentando que há nulidade da decisão recorrida, por ausência de motivação, em especial, no que tange à aplicação do parágrafo único, do art. 38, da Lei n. 6830/80, ademais, que faria jus à alíquota de 0% de PIS e da COFINS, em consonância com o art. 8º, §12, inciso V, uma vez que os bens importados a que se referem a exigência, consubstanciam-se de equipamentos, máquinas, instrumentos e aparelhos para radiodifusão. Para comprovar essa última alegação, juntou ao recurso voluntário documento comprobatório de que está autorizada a realizar serviços de radiodifusão.

Por fim, requer que seja proferida decisão que determine retorno dos autos à DRJ/SP2 por ser a decisão recorrida nula; subsidiariamente, que seja proferida decisão que

declare a inaplicabilidade do parágrafo único do art.38 da Lei 6830/80 à hipótese, para que os autos retornem à DRJ/SP2 e esta se manifeste sobre as isenções do imposto de importação e do IPI, bem como da alíquota 0% de PIS e de COFINS; finalmente, caso não sejam acolhidos os pedidos anteriores, que ao menos seja reconhecida a alíquota 0% de PIS e de COFINS.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ana Clarissa Masuko dos Santos Araujo, Relatora

Em face do relato, inicialmente cumpre analisar a ocorrência da concomitância no caso concreto.

Quanto ao tema da concomitância, conforme entendimento que já tive oportunidade de externar, “jurisdição” pode ser conceituada **como atividade estatal de caráter público, instrumental e secundária**, concebida para solução de conflito de interesses surgido em relação jurídica de direito material. Verifica-se que, sob este enfoque, pode-se entender que o nosso sistema subsumiria o contencioso administrativo fiscal ao conceito de jurisdição.

Com efeito, a “jurisdição administrativa tributária” quanto a seu aspecto subjetivo é atividade estatal desenvolvida por órgãos de julgamento especializados do Fisco. O monopólio para o exercício da função jurisdicional é do Estado, como ente uno e orgânico, e não do Poder Judiciário, pois a tripartição dos poderes estatais não se traduz em sua incomunicabilidade, podendo-se assim afirmar que, ainda que a atividade jurisdicional seja desenvolvida em regime de precipuidade pelo Judiciário, não o é em exclusividade.

Quanto ao elemento objetivo, é instrumental porque a decisão proferida pelos órgãos administrativos especializados de julgamento, erige nova norma individual e concreta no ordenamento, que se sobrepõe à do lançamento de ofício, modificando-a, anulando-a ou mantendo-a .

Em outras palavras, a atividade judicante do Poder Executivo implica solução de conflitos por atividade estatal em regime de substituição, aplicando a lei, com observância de procedimentos legais prescritos, sendo imprescindível a motivação de seus atos, para a produção de normas individuais e concretas que corroboram no processo de concretização do direito.

Por fim cabe-lhe o predicado de “secundária”, porque apenas na vicissitude de conflito no âmbito da relação jurídica tributária, surge a faculdade de o contribuinte se insurgir contra a norma individual e concreta do lançamento, instaurando o contencioso administrativo.

Nesse contexto, a garantia de acesso à atividade jurisdicional exercida pela Administração Pública é o art.5º, LV da Constituição Federal de 1988: “*aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes*”.

Traçando-se um paralelo, a impugnação opera tal qual a petição inicial nas lides judiciais, instrumento que provoca o organismo jurisdicional tirando-o da inércia para satisfazer o direito de ação de seu autor. A impugnação instrumentaliza o “direito de ação administrativo”¹.

Contudo, há de se ressaltar que ainda que consideremos que a Administração Pública exerce jurisdição, não estamos tratando de entidades logicamente equivalentes, posto que as decisões proferidas no âmbito do contencioso administrativo em nosso ordenamento jurídico, não são terminativas dos conflitos, estando sujeitas a alterações emanadas do Poder Judiciário, de acordo com o mandamento insculpido no art. 5º, XXXV do Texto Constitucional.

Em consonância com essa sistemática, os atos administrativos, mesmo os jurisdicionais, são sujeitos a controle judicial, decorrência da tripartição de poderes adotadas pelo nosso ordenamento jurídico, com o conseqüente sistema de freios e contrapesos. É dizer, o controle de legalidade com foros de imutabilidade é de competência exclusiva do Judiciário, que sempre deverá, em última instância, manifestar-se sobre a legitimidade ou não de determinado ato.

O Princípio da Segurança Jurídica, viga mestre do sistema jurídico, impõe que nele haja coerência interna, vedando a existência de normas jurídicas semanticamente excludentes. Trazendo-se o foco para o dever estatal de jurisdição, este princípio estabelece a **impossibilidade de coexistência de duas normas individuais e concretas solucionadoras do mesmo conflito de interesses**, sob pena de ocorrer contradição e contrariedade, que em termos jurídicos, traduz-se em antinomia, ofensa ao primado da Segurança Jurídica.

Conforme já se discorreu, duas são as fontes de normas individuais e concretas solucionadoras de conflitos de interesse na relação jurídica tributária, em nosso ordenamento, pois além do Judiciário, a Administração Pública também exerce esta função atípica, mediante órgãos especializados de julgamento.

Nas situações em que há duas ações judiciais idênticas, está-se diante de **litispendência**, conceito processual de identidade artificial, que opera entre entidades lógicas iguais, ou seja, processos judiciais que têm em comum **partes, pedido e causa de pedir**, nos termos do art. 301, V, §§2º e 3º, primeira parte, do CPC².

A norma geral e abstrata que veicula a litispendência prescreve em sua hipótese (art.301, V e §§2º e 3º do CPC) a existência de dois processos judiciais idênticos, e, em seu conseqüente, o dever jurídico acometido ao Estado-juiz de extinção do processo proposto posteriormente (art. 267, V³ do CPC).

¹ **Decreto nº 70.235/72- Art. 14.” A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento.”**

² Art. 301- Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar:

.....
V- litispendência;

.....
§2º – Uma ação é idêntica a outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

§3º- Há litispendência, quando se repete ação, que está em curso; (...)

³ Art. 267- Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito:

.....
Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

V- quando o juiz acolher a alegação de preempção, litispendência ou de coisa julgada;

Tão logo se constate a protocolização de uma segunda ação idêntica, é extinta de plano pelo Estado-juiz, sem que haja prejuízo para o autor das demandas, porque se partindo da ficção jurídica de igualdade entre as ações, pelo já mencionado mecanismo de identidade artificial criado pelo sistema, em uma das demandas seria exercido o seu direito subjetivo de ação, sendo-lhe indiferente a opção por uma ou outra, vedando-se a coexistência de ambas. O sistema, para efeitos práticos e de economia processual, opta pela permanência da demanda mais antiga, extinguindo a segunda.

Mutatis mutandis, na hipótese em que há coexistência de processo judicial e administrativo, o mesmo raciocínio não pode ser aplicado porque se tratam de entidades lógicas que existem em planos distintos, e, por essa razão, a extinção de uma só será permitida se garantido o acesso à outra, sob pena de haver restrição ao direito do contribuinte.

Como somente as tutelas do Judiciário contam com o predicado da eficácia da coisa julgada material, terá **precedência**: se a relação jurídica processual se desenvolver regularmente com expedição de sentença com julgamento do mérito do litígio, o contencioso administrativo será extinto; se a relação jurídica processual não se desenvolver de forma regular, sendo extinta sem julgamento do mérito, deverá ser garantido o acesso ao contencioso administrativo.

Em suma, há hipótese de concomitância implica em relação tríplice identidade, partes, causa de pedir, pedido entre os elementos identificadores do processo judicial e administrativo, devendo a ação judicial prevalecer, nesse caso.

A Recorrente afirma que não há hipótese de concomitância, pois o parágrafo único, do art. 38 da Lei 6830/80, apenas se aplicaria a créditos tributários já inscritos em dívida ativa.

Nesse ponto, não assiste razão à Recorrente, pois a concomitância, embora veiculada pelo parágrafo único, do art. 38 da Lei 6830/80, decorre da interpretação sistemática do ordenamento jurídico, que tem a peculiaridade de conceber o direito subjetivo ao contencioso administrativo fiscal, contudo, estabelecendo que tão-somente as decisões proferidas pelo Poder Judiciário, poderão ser acobertadas pelo manto da coisa julgada. A concomitância exsurge, por conseguinte, como imperativo inarredável da Segurança Jurídica.

Posta essa premissa, deve ser perquirido se no caso concreto houve hipótese de concomitância entre o mandado de segurança impetrado pela Recorrente e o presente processo administrativo, ou seja, necessário se verificar a existência da tríplice identidade entre as relações processuais.

Quanto às partes, e o pedido, a inexigibilidade dos tributos aduaneiros dos bens importados nas DI's em referência, não há o que se discutir.

O mandado de segurança tem como causa de pedir o artigo 150, inciso VI, alínea 'c' da Carta Constitucional, que assim prescreve:

Art.150- Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

VI - instituir impostos sobre:

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos de lei;"

A Recorrente, por sua vez, aduz que não há identidade nas causas de pedir, posto que no presente processo administrativo, é a isenção veiculada pela Lei n. 8032/90, para o imposto de importação e IPI, *in verbis*:

Art. 2º As isenções e reduções do Imposto de Importação ficam limitadas, exclusivamente:

I - às importações realizadas:

[...]

b) pelos partidos políticos e pelas instituições de educação ou de assistência social;

Art. 3º Fica assegurada a isenção ou redução do Imposto sobre Produtos Industrializados, conforme o caso:

I - nas hipóteses previstas no art. 2º desta lei, desde que satisfeitos os requisitos e condições exigidos para a concessão do benefício análogo relativo ao Imposto de Importação;

A análise da jurisprudência judicial e administrativa demonstra que o que de fato subsiste, é controvérsia acerca da extensão da imunidade prevista no art. 150, VI, 'c' da Constituição Federal, para os tributos aduaneiros, mormente quanto ao alcance semântico do conceito de "patrimônio", ou seja, há lacuna de reconhecimento, por falta de determinação do referido conceito, dificultando a subsunção dos casos concretos à imunidade.

Em verdade, o Supremo Tribunal Federal em diversas oportunidades tem entendido o conceito de "patrimônio" inclui, a tributação aduaneira, sobre os bens importados pelos sujeitos passivos que se enquadram nos requisitos da lei.

A Câmara Superior de Recursos Fiscais, também já se manifestou nesse sentido, embora se verificam diversos precedentes que afirmam que não há referida inclusão. Transcrevemos ementa de acórdão, que versa sobre o tema:

IMUNIDADE - FUNDAÇÃO SEM FINS LUCRATIVOS - A imunidade do artigo 150, inciso VI, letra "c", da Constituição Federal, alcança os Impostos de Importação e sobre Produtos Industrializados, vez que a significação do termo "patrimônio", não é o contido na classificação dos impostos adotada pelo CTN, mas sim a do art. 57 do Código Civil, que congrega o conjunto de todos os bens e direitos, à guisa do comando normativo do art. 110 do próprio CTN.

Recurso especial provido.

O que importa ressaltar é que a ação judicial e o presente processo administrativo, nesse tocante, possuem exatamente a mesma causa de pedir, configurando-se, assim, a concomitância.

Acresça-se que não se compagina com os vetores do sistema jurídico brasileiro, valer-se do direito de ação, seja judicial ou administrativo, de forma artificiosa, manipulando-se a forma dos conceitos, para se obter tutela jurisdicional a qual não se tem direito, valendo-se da via administrativa como uma garantia de falta de êxito na via judicial.

Questão distinta seria a relativa à alíquota 0% de PIS e de COFINS, por força do art.8º, §12, inciso V, uma vez que os bens importados a que se referem a exigência, consubstanciam-se de equipamentos, máquinas, instrumentos e aparelhos para radiodifusão.

Todavia, nesse tocante, compulsando os autos e mais precisamente, analisando-se a peça de impugnação, constata-se que a Recorrente inovou em relação ao recurso voluntário. Destarte, essa questão apenas foi ventilada em recurso voluntário, o que impede a sua apreciação, nos termos do art.17 do Decreto n. 70235/72.

Finalmente, cumpre ressaltar que, investigando-se o andamento do mandado de segurança impetrado, verifica-se que a Recorrente obteve êxito em primeira instância, encontrando-se o processo atualmente concluso com a Des. Federal Regina Helena Costa, para reexame necessário. Eis o teor do dispositivo da decisão:

Posto isso, nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil, julgo procedente o pedido e CONCEDO A SEGURANÇA, para tornar definitiva a medida liminar, para afastar a incidência do Imposto de Importação - II, do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, COFINS - Importação e PIS - Importação sobre a mercadoria importada pela Impetrante, objeto da "Proforma Invoice" n. 1817006118-01 e Licenças de Importação n.s 08/0528450-5, 08/0528452-1, 08/0528453-0, 08/0528454-8, 08/0528455-6, 08/0528456-4, 08/0528457-2, 08/0528458-0, 08/0528459-9, 08/0528460-2, 08/0528461-0, 08/0528462-9, 08/0528471-8, 08/0528483-1; "Proforma Invoice" n. 1817006119-01 e Licenças de Importação n.s 08/0528469-6; "Proforma Invoice" n. 1817006120-01 e Licenças de Importação n.s 08/0528465-3; "Proforma Invoice" n. 1817006121-01 e Licenças de Importação n.s 08/0528464-5; "Proforma Invoice" n. 1114367; "Proforma Invoice" n. A6236 e Licenças de Importação n.s 08/0528467-0 e 08/0528468-8; "Proforma Invoice" n. A6237 e Licenças de Importação n.s 08/0528472-6 e 08/0528473-4; "Proforma Invoice" n. 005/08 e Licenças de Importação n.s 08/0528466-1; "Proforma Invoice" n. 4526 e Licenças de Importação n.s 08/0528470-0; "Proforma Invoice" n. 700821 e Licenças de Importação n.s 08/0528451-3, 08/0528463-7 e 08/0528474-2; "Proforma Invoice" n. 07022008; "Proforma Invoices" n. 4549 e 6956.

Sem condenação em honorários advocatícios, diante do teor das Súmulas 512 do STF e 105 do STJ.

Assim sendo, em face de todo o exposto, não se conhece do recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Ana Clarissa Masuko dos Santos Araujo

CÓPIA

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 07/02/2014 por ANA CLARISSA MASUKO DOS SANTOS ARAUJO, Assinado digitalmente em 17/02/2014 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO, Assinado digitalmente em 07/02/2014 por ANA CLARISSA MASUKO DOS SANTOS ARAUJO

Impresso em 19/02/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA