



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10711.006657/2008-83
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3302-012.158 – 3ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 28 de outubro de 2021
Recorrente POLYSUTURE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Período de apuração: 01/01/1997 a 21/01/2007

PIS/PASEP E COFINS. IMPORTAÇÃO. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS E DAS PRÓPRIAS CONTRIBUIÇÕES. RE 559.937/RS. REPERCUSSÃO GERAL. OBEDIÊNCIA.

Por imposição do art. 62 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria MF 343/15, as decisões definitivas de mérito, na sistemática do art. 543-B do Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas nos julgamentos realizados no âmbito do CARF, sendo o caso do RE 559.937/RS que reputou inconstitucional a inclusão, no valor aduaneiro, do ICMS e das próprias contribuições na apuração do PIS/Pasep e Cofins sobre as operações de importação (Lei nº 10.865/04).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

(documento assinado digitalmente)

Gilson Macedo Rosenberg Filho - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Jose Renato Pereira de Deus - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Jorge Lima Abud, Walker Araujo, Larissa Nunes Girard, Jose Renato Pereira de Deus, Carlos Delson Santiago (suplente convocado(a)), Raphael Madeira Abad, Denise Madalena Green, Gilson Macedo Rosenberg Filho (Presidente). Ausente o conselheiro Vinicius Guimaraes.

Relatório

Por bem descrever os fatos até o presente momento, adoto como parte de meu relato o relatório do acórdão nº 07-34.064, da 1ª Turma da DRJ/FNS, de 12 de fevereiro de 2014:

Trata o presente processo de Auto de Infração formalizado para exigência da diferença relativa às contribuições ao PIS/Pasep e Cofins, acrescida de juros de mora e multa de ofício, incidentes sobre a importação.

Depreende-se da descrição dos fatos do auto de infração que a interessada submeteu a despacho de importação, no período de 01 de janeiro de 1997 a 18 de novembro de 2007, por meio das Declarações de Importação (DI) listadas às folhas 19 e 20, mercadorias de procedência estrangeira., vários produtos de procedência estrangeira classificando-os em diversos códigos da NCM/TEC.

Conforme relato da autoridade autuante, a ABIMED – Associação Brasileira dos Importadores de Equipamentos, Produtos e Suprimentos Médicos e Hospitalares interpôs na Justiça Federal de São Paulo - SP a Ação Declaratória nº 2004.61.00.0145938, com pedido de antecipação de tutela, visando suspender a exigibilidade do crédito tributário referente ao PIS/Pasep e Cofins incidentes sobre todas as importações realizadas por seus associados. A tutela pleiteada foi deferida em parte em 11/11/2004, autorizando que fosse utilizado como base de cálculo dessas contribuições apenas o valor aduaneiro, excluídos os valores referentes ao ICMS e as próprias contribuições.

O Auto de Infração foi lavrado para cumprimento da determinação constante dos Despachos da Equipe de Informações Judiciais — Eqjud, às fls. 1648 e 1698 do processo 10711.006470/200537, que trata do acompanhamento da Ação Declaratória nº 2004.61.00.0145938.

A Fiscalização cita a Certidão de Objeto e Pé que constitui a folha 01 do supracitado processo, na qual a antecipação de tutela requerida nos autos da Ação Declaratória de que se trata fora parcialmente deferida *"para que as associadas da autora descritas às fls. 65/66 dos autos utilizem nas importações, como base de cálculo do PIS/Pasepimportação COFINSimportação instituídas pela Lei nº 10.865/2004, apenas o valor aduaneiro, excluídos da base de cálculo os valores referentes ao ICMS e às próprias contribuições"*.

A Fiscalização aduz que a Eqjud às fls. 1698 do processo supracitado esclarece o que segue: *"embora a Empresa POLYSUTURE IND. E COM. LTDA, CNPJ 03.812.429/000171, não conste da Lista de Associados da ABIMED (fls. 1591/1592), potenciais Beneficiários da antecipação de tutela deferida na Ação Ordinária acima indicada e a qual alude a Certidão de Objeto e Pé que constitui as fls. 01, ela teve esta condição indiretamente reconhecida pelo Juízo da causa na decisão obtida por meio de Pesquisa Internet (fls. 1687), que indeferiu o seu pedido de figurar na lide como Assistente — modalidade processual de Intervenção de Terceiro sob a alegação de que a Ação Judicial em questão fora proposta pela Associação da qual a mesma seria membro. Por outro lado, cabe informar que nos autos do Agravo de Instrumento nº 2004.03.00.0719137, interposto pela União junto ao TRF – 3ª. Regido, foi proferida, em 28/04/2006, decisão (fls. 1632/1636) que concedeu efeito suspensivo ao Recurso e, conseqüentemente, cassou a partir de então a antecipação de tutela de que trata a Certidão de fls. 01, fato este que autoriza o lançamento e imediata cobrança de todos os créditos tributários relativos a todas as importações eventualmente efetuadas pelas Associadas da Autora ao amparo da decisão judicial em questão, já cassada."*

A Polysuture também requereu ingresso na lide (Ação Declaratória nº 2004.61.00.145938) na condição de assistente (litisconsorcial ou simples). Todavia, sob a alegação de que a assistência constitui modalidade de intervenção de terceiro, e a requerente não o é (a ação foi proposta pela associação da qual a requerente é associada), o pedido foi indeferido.

Em 11/10/2006, a interessada procedeu ao depósito judicial no valor de R\$165.799,78 (cento e sessenta e cinco mil, setecentos e noventa e nove reais e setenta e oito centavos).

Em 07/11/2006, à vista do depósito mencionado, foi deferida a liminar para reconhecer a suspensão da exigibilidade do crédito tributário referente à inclusão do ICMS e das próprias contribuições na base de cálculo das contribuições para PIS/Pasep Importação e Cofins Importação.

Mas em 19/06/2007, foi autorizado o levantamento do depósito judicial no valor de R\$ 165.799,78 (cento e sessenta e cinco mil, setecentos e noventa e nove reais e setenta e oito centavos) pelo autor (Polysuture Indústria e Comércio Ltda.), tendo em vista a extinção do processo nº 2006.61.00.0223259 sem resolução do mérito (fls. 434).

Assim, foi lavrado Auto de Infração para constituir o crédito tributário correspondente à diferença das contribuições para o PIS/Pasep Importação e Cofins Importação que deixaram de ser recolhidos à época do registro das Declarações de Importação listadas no período de 01 de janeiro de 1997 a 18 de novembro de 2007, em virtude da exclusão da base de cálculo do ICMS e das próprias contribuições.

Intimada, a interessada apresentou impugnação (fls. 125 a 142), onde alega:

Após o deferimento parcial da tutela pretendida pela Abimed afastando da base de cálculo do PIS/Pasep importação e Cofins importação, convicta de que poderia realizar o cálculo de acordo com esta ordem judicial, pois incontestavelmente era associada da aludida associação e esta é autorizada pela Lei a pleitear direito de todos os seus associados em seu nome próprio, procedeu ao recolhimento das contribuições utilizando o valor aduaneiro e excluindo o ICMS de seu cálculo.

Em relação à condição de parte da impugnante no processo, o magistrado se manifestou no seguinte sentido: "... A ação foi proposta pela associação da qual as requerentes são associadas...". Desnecessária assim, tecer maiores considerações acerca da legitimidade da associação na defesa de suas associadas, uma vez que a questão encontra-se superada pelo douto juízo.

Que Tribunal Regional Federal acabou suspendendo os efeitos da liminar deferida quando da apreciação Agravo de Instrumento interposto pela União Federal.

Que, receosa que danos irreparáveis poderiam ocorrer diante da suspensão do Tribunal da tutela anteriormente concedida à Abimed houve por bem ingressar com ação cautelar incidental na ação declaratória com pedido de depósito dos valores referentes a diferença do recolhimento do ICMS incluído na base de cálculo do PIS e da Cofins. Houve deferimento de liminar suspendendo a exigibilidade do crédito tributário até o montante depositado.

Que a eventual não aceitação da presente Impugnação Administrativa em decorrência da concomitante existência do noticiada ação judicial implicará também em afronta a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LW, dispositivo que consagra o denominado princípio do devido processo legal". Não obstante, igualmente atacado será o princípio constitucional da ampla defesa, previsto no artigo 5º, inciso LV, da Carta Magna, garantindo que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes."

Que não obstante a ação cautelar incidental tenha sido extinta sem julgamento de mérito sob a alegação temerária de que não integrou a lide principal (ação declaratória), portanto, não é parte legítima para propor a ação incidental, tal como relata as peças anexadas (doc.11), ao realizar o depósito judicial mencionado, por óbvio, alcançou

direito à suspensão da exigibilidade do crédito tributário dos valores de PIS e COFINS, visando assim o direito de realizar suas operações de importação, tal como realizadas.

A Lei nº 10.865/04 possui vícios suficientes para sua declaração de inconstitucionalidade.

A Lei nº 10.865/2004 estabelece que, no caso de importação de produtos estrangeiros, a base de cálculo será o valor aduaneiro, acrescido do valor do ICMS incidente no desembaraço aduaneiro e do valor das próprias contribuições. Contudo, esta determinação obriga o contribuinte a recolher tributo sobre tributo, e acaba por distorcer a base de cálculo das contribuições, que deixa de ser apenas o valor da operação de importação para alcançar valores que não estão relacionados às suas hipóteses de incidência, o que fere expressamente o artigo 149 da Constituição Federal, que veda que as contribuições sociais incidentes sobre as importações tenham base de cálculo estranha ao valor aduaneiro.

A única forma possível de instituir no ordenamento jurídico novas fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social está disciplinada no §4º do artigo 195 da Constituição Federal e deve seguir à risca o disposto no artigo 154, inciso I, também da Carta Magna. Assim, qualquer nova contribuição, para ser válida, deve ser criada por meio de lei complementar, obedecer ao princípio da não cumulatividade, não ter hipótese de incidência e base de cálculo idêntica as dos impostos arrolados nos artigos 153, 155 e 156 da Constituição Federal, obedecer ao princípio da capacidade contributiva e ter 20% do produto de sua arrecadação rateados entre Estados e o Distrito Federal (artigo 157, inciso II, da Constituição Federal).

Essas contribuições não foram instituídas por lei complementar (vício no processo legislativo), não atendem ao princípio da não cumulatividade, e possuem base de cálculo e hipótese de incidência idêntica imposto de importação, o que as torna totalmente abusivas.

Inexiste qualquer lançamento de ofício. Ao declarar na contabilidade e em seus livros fiscais os valores efetivamente pagos a título das exações realizou a prática do instituto jurídico do lançamento tributário. Todas as características do lançamento já se encontram presentes, não cabendo, assim, qualquer insinuação de "lançamento de ofício".

Assim sendo, impõe-se a necessidade de revisão da imposição da multa de ofício, eis que absolutamente improcedente, tendo em vista desobediência ao referido Regulamento do Imposto de Renda, bem como aos art. 142 a 150 do Código Tributário Nacional.

Requer seja anulado o Auto de Infração com o conseqüente arquivamento do respectivo Processo Administrativo.

É o relatório.

A decisão da qual o relatório acima foi retirado, julgou improcedente a impugnação da contribuinte, mantendo o lançamento trazido pelo auto de infração, recebendo a seguinte ementa:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/1997 a 21/01/2007

PIS/PASEP-IMPORTAÇÃO. COFINS-IMPORTAÇÃO. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO.

O crédito tributário correspondente à diferença das contribuições para o PIS/Pasep-Importação e Cofins-Importação que deixaram de ser recolhidos à época do registro das Declarações de Importação, em virtude da exclusão da base de cálculo do ICMS e das próprias contribuições, deve ser constituído.

INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE. ARGÜIÇÃO. ESFERA ADMINISTRATIVA. INCABIMENTO.

O exame da legalidade e da constitucionalidade de normas legitimamente inseridas no ordenamento jurídico nacional compete ao Poder Judiciário, restando inócua e incabível qualquer discussão, nesse sentido, na esfera administrativa.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Inconformada com a r. decisão de piso, a recorrente interpôs recurso voluntário, repisando os argumentos trazidos na impugnação.

Recebido o recurso voluntário, o processo foi encaminhado para o E. CARF para julgamento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Renato Pereira de Deus, Relator.

I – Admissibilidade

O recurso é tempestivo, atende aos demais pressupostos de admissibilidade, motivo pelo qual dele tomo conhecimento.

II - Inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS

A controvérsia cinge-se sobre a decretação de inconstitucionalidade de artigos trazidos pela Lei nº 10865/04, que determinou a base de cálculo do Pis-Importação e da Cofins-Importação, dos valores devidos a título de ICMS e das próprias contribuições.

No que tange à alegação de necessidade de aplicação na quantificação da base de cálculo das contribuições ao PIS/Pasep e Cofins, incidentes na importação, em face da superveniência do RE 559.937/RS, assiste razão à recorrente.

Com efeito, o acórdão em tela, julgado sob a sistemática da repercussão geral (art. 543B do Código de Processo Civil), trouxe a seguinte redação:

“Tributário. Recurso extraordinário. Repercussão geral. PIS/COFINS – importação. Lei nº 10.865/04. Vedação de bis in idem. Não ocorrência. Suporte direto da contribuição do importador (arts. 149, II, e 195, IV, da CF e art. 149, § 2º, III, da CF, acrescido pela EC 33/01). Alíquota específica ou ad valorem. Valor aduaneiro acrescido do valor do ICMS e das próprias contribuições. Inconstitucionalidade. Isonomia. Ausência de afronta.

1. Afastada a alegação de violação da vedação ao bis in idem, com invocação do art. 195, § 4º, da CF. Não há que se falar sobre invalidade da instituição originária e simultânea de contribuições idênticas com fundamento no inciso IV do art. 195, com alíquotas apartadas para fins exclusivos de destinação.
2. Contribuições cuja instituição foi previamente prevista e autorizada, de modo expresse, em um dos incisos do art. 195 da Constituição validamente instituídas por lei ordinária. Precedentes.
3. Inaplicável ao caso o art. 195, § 4º, da Constituição. Não há que se dizer que devessem as contribuições em questão ser necessariamente não cumulativas. O fato de não se admitir o crédito senão para as empresas sujeitas à apuração do PIS e da COFINS pelo regime não cumulativo não chega a implicar ofensa à isonomia, de modo a fulminar todo o tributo. A sujeição ao regime do lucro presumido, que implica submissão ao regime cumulativo, é opcional, de modo que não se vislumbra, igualmente, violação do art. 150, II, da CF.
4. Ao dizer que a contribuição ao PIS/PASEP Importação e a COFINS Importação poderão ter alíquotas ad valorem e base de cálculo o valor aduaneiro, o constituinte derivado circunscreveu a tal base a respectiva competência.
5. A referência ao valor aduaneiro no art. 149, § 2º, III, a, da CF implicou utilização de expressão com sentido técnico inequívoco, porquanto já era utilizada pela legislação tributária para indicar a base de cálculo do Imposto sobre a Importação.
6. A Lei 10.865/04, ao instituir o PIS/PASEP Importação e a COFINS Importação, não alargou propriamente o conceito de valor aduaneiro, de modo que passasse a abranger, para fins de apuração de tais contribuições, outras grandezas nele não contidas. O que fez foi desconsiderar a imposição constitucional de que as contribuições sociais sobre a importação que tenham alíquota ad valorem sejam calculadas com base no valor aduaneiro, extrapolando a norma do art. 149, § 2º, III, a, da Constituição Federal.
7. Não há como equiparar, de modo absoluto, a tributação da importação com a tributação das operações internas. O PIS/PASEP Importação e a COFINS Importação incidem sobre operação na qual o contribuinte efetuou despesas com a aquisição do produto importado, enquanto a PIS e a COFINS internas incidem sobre o faturamento ou a receita, conforme o regime. São tributos distintos.
8. O gravame das operações de importação se dá não como concretização do princípio da isonomia, mas como medida de política tributária tendente a evitar que a entrada de produtos desonerados tenha efeitos predatórios relativamente às empresas sediadas no País, visando, assim, ao equilíbrio da balança comercial.
9. Inconstitucionalidade da seguinte parte do art. 7º, inciso I, da Lei 10.865/04: ‘acrescido do valor do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS incidente no desembaraço aduaneiro e do valor das próprias contribuições, por violação do art. 149, § 2º, III, a, da CF, acrescido pela EC 33/01.
10. Recurso extraordinário a que se nega provimento.” (destaques no original)

O dispositivo da sentença, por seu turno, se encontra vazado nos seguintes termos:

“Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, em negar provimento ao recurso extraordinário, que visava a reconhecer a inconstitucionalidade da expressão ‘acrescido do valor do imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre prestação de Serviços de Transporte interestadual e intermunicipal e de

Comunicação – ICMS incidente no desembaraço aduaneiro e do valor das próprias contribuições’, contida no inciso I do art. 7º da Lei nº 10.865/04. Tendo em conta o reconhecimento da repercussão geral da questão constitucional no RE 559.607, acordam, ademais, os Ministros, em determinar a aplicação do regime previsto no § 3º do art. 543B do CPC, tudo nos termos do voto da Ministra Ellen Gracie (Relatora). Por fim, acordam os Ministros, em rejeitar questão de ordem da Procuradoria da Fazenda Nacional, que suscitava fossem modulados os efeitos da decisão. Foi designado para redigir o acórdão o Ministro Dias Toffoli.”

Aplicável, portanto, à espécie as disposições do art. 62, § 2º do RICARF/2015, devendo ser dado provimento, nesta parte, para afastar a inclusão do ICMS edas próprias contribuições na apuração do PIS/Cofins sobre as operações de importação lançadas, devendo ser acolhido o recurso da contribuinte.

III - Conclusão

Destarte, voto por dar provimento ao recurso voluntário.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Jose Renato Pereira de Deus, Relator.