



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

Processo nº 10814.015892/2006-26
Recurso nº 510.360 Voluntário
Acórdão nº **3801-000.918 – 1ª Turma Especial**
Sessão de 6 de outubro de 2011
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO/COFINS IMPORTAÇÃO
Recorrente BERTIN LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Data do fato gerador: 22/11/2005, 29/11/2005, 05/12/2005

PROCESSO JUDICIAL E ADMINISTRATIVO. MATÉRIA IDÊNTICA. RENÚNCIA À ESFERA ADMINISTRATIVA.

A propositura de ação judicial, com o mesmo objeto do processo administrativo fiscal, implica na renúncia à instância administrativa.

DILIGÊNCIA E PERÍCIA. INDEFERIMENTO.

Dispensável a produção de provas, quando presentes nos autos elementos suficientes para a formação e convicção do julgador e conseqüente deslinde do feito.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)
Magda Cotta Cardozo - Presidente.

(assinado digitalmente)
José Luiz Bordignon - Relator.

EDITADO EM: 18/10/2011

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Magda Cotta Cardozo (Presidente), José Luiz Bordignon, Flávio de Castro Pontes, Sidney Eduardo Stahl, Daniela Ribeiro de Gusmão e Maria Inês Caldeira Pereira da Silva Murgel.

Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida, que transcrevo a seguir:

“Trata o presente processo de auto de infração, de fls. 01 a 09, lavrado em face do contribuinte em epígrafe, formalizando a exigência de recolhimento da COFINS-Importação, devido à apuração dos fatos a seguir descritos.

A empresa em epígrafe submeteu Mercadorias a despacho aduaneiro, por meio das declarações de importação nº 05/1265644-9, registrada em 22/11/2005, cópia de fls. 15 a 18, nº 05/1295411-3, registrada em 29/11/2005, cópia de fls. 23 a 26, e nº 05/1317566-5, registrada em 05/12/2005, cópia de fls. 33 a 36, não recolhendo a COFINS incidente sobre essas operações de importação, por força de tutela antecipada concedida em 13/05/2004 nos autos da Ação Ordinária nº 2004.61.00.013269-5, ajuizada na 7ª Vara Cível Federal de São Paulo/SP, cópia de fls. 40 a 42 (cópia de Certidão de Objeto e Pé na fl. 43).

Na antecipação de tutela acima referida a autoridade judicial assim se pronuncia (na fl. 42):

"ISTO POSTO, com base na fundamentação traçada, defiro a antecipação requerida para suspender, até ulterior deliberação, a incidência da COFINS tratada no artigo 1º da Lei nº 10.865/04, nas importações operadas pela Autora (matriz e filiais) cuja incidência dê-se no âmbito da competência territorial deste juízo."

Assim, para salvaguardar os interesses da Fazenda Nacional, na eventualidade de decisão judicial definitiva desfavorável ao contribuinte, foi lavrado o presente auto de infração, exigindo do autuado o recolhimento da contribuição supra referida.

Cientificado da lavratura da peça fiscal em 02/10/2006 (fl. 01), o contribuinte, por intermédio de seus advogados e procuradores (Instrumento de Mandato nas fls. 65), protocolizou impugnação, em tempestivamente, em 11/10/2006, de fls. 48 a 64, na qual discute: 1) a mesma matéria que submeteu ao crivo do Poder Judiciário, ou seja, a inconstitucionalidade e ilegalidade da incidência COFINS nas operações de importação, instituída pela Lei nº 10.865/2004; e 2) solicita a realização de perícia para que seja apurada eventual diferença de valores das duas contribuições em razão de cálculo que considere as regras do ADE SRF nº 17/04 e a IN SRF nº 436/04.

Consta também dos autos cópia de tela do TRF-3 a Região com transcrição parcial da sentença, proferida nos autos

da Ação Ordinária nº 2004.61.00.013269-5 na qual a autoridade judicial julgou improcedente o pedido da autora, cópia na fl. 44.

A Delegacia de Julgamento em São Paulo II (SP) proferiu a seguinte decisão, nos termos da ementa abaixo transcrita:

“PRELIMINAR. PERÍCIA PARA APURAÇÃO DE EVENTUAL DIFERENÇA DE VALORES DE COFINS - IMPORTAÇÃO.

Indeferida perícia para apurar eventual diferença de valores das contribuições incidentes na importação entre o cálculo estabelecido no ADE SRF nº 17/2004 e na IN SRF nº 436/2004, pois quando da ocorrência do fato gerador da importação arrolada no presente processo vigia a Instrução Normativa SRF nº 572/2005.

CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL.

Tutela Antecipada concedida em Ação Ordinária. A propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial, por qualquer modalidade processual, antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa a renúncia às instâncias administrativas. Não se toma conhecimento da impugnação no tocante à matéria objeto de ação judicial.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido”.

Inconformada, a contribuinte recorre a este Conselho, conforme recurso de fls. 125 a 137, reproduzindo, na essência, as razões apresentadas por ocasião da manifestação de inconformidade, acrescentando, em síntese:

- Que o Acórdão impugnado merece ser reformado no tocante à solicitação de perícia requerida pela Recorrente nos termos do artigo 16, inciso IV do Decreto nº 70.235/72.
- Que não merece prevalecer Acórdão que não conheceu a impugnação da Recorrente em razão de a matéria já ter sido levada à apreciação do Poder Judiciário, haja vista a independência entre as esferas judicial e administrativa.
- Que, com a lavratura do Auto de Infração, a Recorrente apresentou a impugnação tempestivamente, sendo esta não conhecida e indeferida, sob o fundamento de que não cabe discutir a exigência do crédito tributário em âmbito administrativo se já foi proposta ação judicial pelo contribuinte tratando da mesma matéria.
- A alegação de que a ação judicial proposta pelo contribuinte com o mesmo objeto importa em renúncia às instâncias administrativas ou

desistência de eventual recurso, *data maxima venia*, não merece respaldo tendo em vista a independência das instâncias judicial e administrativa, podendo ser discutida a mesma matéria em ambas esferas de Poder.

DO PEDIDO:

Por tudo o que foi exposto e do que mais consta neste processo, requer a Recorrente que seja acolhido o seu Recurso Voluntário, para que seja reformado o Acórdão DRJ/SP0 II nº 17-34.707, com o fim de ser declarado a total improcedência do lançamento realizado no Auto de Infração lavrado, no qual está sendo exigido crédito tributário da COFINS e da Contribuição para o PIS incidente na importação de bens e produtos estrangeiros, como medida da mais lúdima JUSTIÇA!

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Luiz Bordinon, Relator

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, portanto dele tomo conhecimento.

Como visto anteriormente, trata-se de exigência da COFINS – Importação, incidente sobre os produtos de que tratam as Declarações de Importação (DI) nº 05/1265644-9, registrada em 22/11/2005; 05/1295411-3, registrada em 29/11/2005 e 05/1317566-5, registrada em 05/12/2005, desembaraçadas sem a exigência da referida contribuição em razão da antecipação de tutela concedida em 13/05/2004, nos autos da ação ordinária nº 2004.61.00.013269-5.

Em preliminar, a autuada requer seja determinada perícia para que seja *“apurada a eventual diferença de valores das 02 (duas) contribuições existente em razão de cálculo que considere as regras do Ato Declaratório nº 17/2004 e Instrução Normativa SRF nº 436/2004”*

Em primeiro lugar, como já tratado pela autoridade julgadora de primeira instância, a legislação vigente na data do fato gerador das importações realizadas era a IN SRF nº 572, de 2005:

Instrução Normativa SRF nº 572, de 22 de novembro de 2005

“Dispõe sobre o cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep - Importação e da Cofins-Importação.

[...]

Art. 6º Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir de 22 de novembro de 2005”.

Em segundo lugar, consoante disposto no art. 16, III, do Decreto nº 70.235, de 1972, a recorrente deveria apontar as possíveis inconsistências do cálculo apresentado pela fiscalização.

“Art. 16. A impugnação mencionará:

(...)

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir; (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)”.

Não é demais lembrar que as provas, em processo administrativo fiscal, à semelhança dos processos judiciais, dirigem-se ao julgador que formará livremente sua convicção.

É o que se depreende da análise do art. 29 do Decreto nº 70.235/1972 (PAF) e 131 do Código de Processo Civil (CPC) dispõe, *in verbis*:

*Art. 29. Na apreciação da prova, a **autoridade julgadora formará livremente sua convicção** podendo determinar as diligências que entender necessárias.*

(grifos acrescidos)

*Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas **deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.***

(grifos acrescidos)

Desse modo, pelas considerações acima expostas, nenhum reparo merece ser feito na decisão da autoridade *a quo* no que se refere ao indeferimento da diligência requerida.

Quanto ao mérito, a questão controversa se refere ao fato do sujeito passivo poder litigar sobre a mesma matéria nas esferas administrativa e judicial, concomitantemente.

A requerente sustenta que, tendo em vista a independência das instâncias judicial e administrativa, é perfeitamente possível a mesma matéria ser discutida em ambas esferas de Poder, caso contrário se configura cerceamento de defesa.

Não assiste razão à interessada. É incontroverso que a recorrente ajuizou uma ação ordinária, autos nº 2004.61.00.013269-5, junto à 7ª Vara Cível Federal de São Paulo (SP), objetivando o direito de não recolher a contribuição para a COFINS incidente sobre as importações (Lei nº 10.865, de 2002).

Destarte, ao contrário do alegado pela recorrente de que é possível a mesma matéria ser discutida em ambas esferas de Poder, o parágrafo único do art. 38, da Lei nº. 6.830/80, assim dispõe:

Art. 38 - A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.

Parágrafo Único - A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.(grifou-se)

O excelso Supremo Tribunal Federal já manifestou acerca da constitucionalidade desse dispositivo, conforme decidido no recurso extraordinário nº 233.582:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL TRIBUTÁRIO. RECURSO ADMINISTRATIVO DESTINADO À DISCUSSÃO DA VALIDADE DE DÍVIDA ATIVA DA FAZENDA PÚBLICA. PREJUDICIALIDADE EM RAZÃO DO AJUIZAMENTO DE AÇÃO QUE TAMBÉM TENHA POR OBJETIVO DISCUTIR A VALIDADE DO MESMO CRÉDITO. ART. 38, PAR. ÚN., DA LEI 6.830/1980.(...). É constitucional o art. 38, par. ún., da Lei 6.830/1980 (Lei da Execução Fiscal - LEF), que dispõe que "a propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo [ações destinadas à discussão judicial da validade de crédito inscrito em dívida ativa] importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto". Recurso extraordinário conhecido, mas ao qual se nega provimento.(STF, RE 233582, DJe-088 de 16-05-2008).(grifou-se)

Em relação ao conteúdo desse dispositivo legal, Leandro Paulsen, René Bergmann e Ingrid Schroder explicam:

O parágrafo em questão tem como pressuposto o princípio da jurisdição una, ou seja, que o ato administrativo pode ser controlado pelo Judiciário e que apenas a decisão deste é que se torna definitiva, com o trânsito em julgado, prevalecendo sobre eventual decisão administrativa que tenha sido tomada ou pudesse vir a ser tomada. Considerando que o contribuinte tem direito a se defender na esfera administrativa mas que a esfera judicial prevalece sobre a administrativa, não faz sentido a sobreposição dos processos administrativo e judicial. A opção pela discussão judicial, antes do exaurimento da esfera administrativa, demonstra que o contribuinte desta abdicou, levando o seu caso diretamente ao Poder ao qual cabe dar a última palavra quanto à interpretação e à aplicação do Direito, o Judiciário. Entretanto, tal pressupõe a identidade de objeto nas discussões administrativa e judicial". (Leandro Paulsen, René Bergmann Ávila e Ingrid Schroder Sliwka. Direito Processual Tributário: processo administrativo fiscal à luz da doutrina e da jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 447 e 448).

De fato, se o sujeito passivo recorre ao Poder Judiciário, por uma questão de lógica, ele está desistindo tacitamente da esfera administrativa, visto que a decisão do Poder Judiciário é soberana.

Eventuais decisões antagônicas, nas esferas administrativa e judicial, teriam uma única solução, qual seja, prevaleceria a da esfera judicial, em razão do princípio constitucional da jurisdição única, art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Destarte, não faz sentido a continuação da discussão no âmbito administrativo, pois o mérito da questão será decidido pelo Poder Judiciário com efeito de coisa julgada.

Corroborando esta tese, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do recurso especial nº 840.556, assim se pronunciou:

TRIBUTÁRIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. MANDADO DE SEGURANÇA.AÇÃO JUDICIAL. RENÚNCIA DE RECORRER NA ESFERA ADMINISTRATIVA. IDENTIDADE DO OBJETO. ART. 38, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI Nº 6.830/80.

1. Incide o parágrafo único do art. 38, da Lei nº 6.830/80, quando a demanda administrativa versar sobre objeto menor ou idêntico ao da ação judicial. 2.(...) 3. In casu, os mandados de segurança preventivos, impetrados com a finalidade de recolher o imposto a menor, e evitar que o fisco efetue o lançamento a maior, comporta o objeto da ação anulatória do lançamento na via administrativa, guardando relação de excludência. 4. Destarte, há nítido reflexo entre o objeto do mandamus – tutelar o direito da contribuinte de recolher o tributo a menor (pedido imediato) e evitar que o fisco efetue o lançamento sem o devido desconto (pedido mediato) - com aquele apresentado na esfera administrativa, qual seja, anular o lançamento efetuado a maior (pedido imediato) e reconhecer o direito da contribuinte em recolher o tributo a menor (pedido mediato). 5. Originárias de uma mesma relação jurídica de direito material, despicienda a defesa na via administrativa quando seu objeto subjuga-se ao versado na via judicial, face a preponderância do mérito pronunciado na instância jurisdicional. (...) (STJ, REsp 840556/AM, DJ 20/11/2006) (grifou-se)

Assim sendo, a existência de uma ação judicial, por parte da requerente, com o mesmo objeto desse processo administrativo fiscal importa na renúncia à esfera administrativa. Em relação a essa discussão, aplica-se a Súmula nº 01 do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) que uniformizou o seguinte entendimento:

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. (grifou-se)

Além disso, os Conselheiros têm o dever de observar as súmulas, nos termos do art. 72 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22/06/2009:

Art. 72. As decisões reiteradas e uniformes do CARF serão consubstanciadas em súmula de observância obrigatória pelos membros do CARF.

Cumpre ressaltar, por fim, que a autoridade local deverá observar os estritos termos da decisão judicial, tanto no que se refere a cobrança de eventual crédito tributário quanto a verificação de hipóteses de suspensão de sua exigência.

.

Em face do exposto, voto no sentido de:

1. Não Conhecer do Recurso Voluntário quanto à matéria discutida no âmbito do Poder Judiciário - inconstitucionalidade e ilegalidade da

exigibilidade da COFINS - cuja decisão será cumprida no tocante à exigibilidade do crédito tributário;

2. Conhecer do recurso quanto as matérias não levadas à apreciação do Poder Judiciário. Em preliminar, rejeitar o pedido de diligência e no mérito julgar improcedente o recurso apresentado.

É assim que voto.

(assinado digitalmente)
José Luiz Bordignon