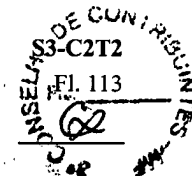




MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO



Processo nº 10921.000789/2004-01
Recurso nº 340.798 Voluntário
Acórdão nº 3202-00.089 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 04 de fevereiro de 2010
Matéria PIS/COFINS/IMPORTAÇÃO
Recorrente ELÓI VITORIO MARCHETT
Recorrida DRJ-FLORIANÓPOLIS/SC

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 22/05/2004 a 31/05/2004

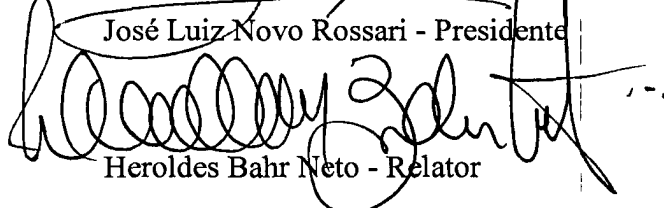
COFINS IMPORTAÇÃO E PIS/PASEP IMPORTAÇÃO. LEI 10.865/2004. NÃO APLICABILIDADE PARA PESSOA FÍSICA, APENAS PESSOA JURÍDICA. NÃO-CUMULATIVIDADE. CRÉDITO CONFERIDO EXCLUSIVAMENTE À PESSOA JURÍDICA. CAPACIDADE ECONÔMICA. IGUALDADE. INCONSTITUCIONALIDADE.

A declaração de inconstitucionalidade de lei é atribuição exclusiva do Poder Judiciário, conforme previsto nos artigos 97 e 102, I, "a" e III, "b" da Constituição Federal. No julgamento de processo administrativo é vedado aos Conselheiros apreciarem arguição de inconstitucionalidade, a teor da Súmula 2 do CARF.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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


José Luiz Novo Rossari - Presidente

Heroldes Bahr Neto - Relator

Editado em: 19 de agosto de 2010.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Heroldes Bahr Neto, Rodrigo Cardozo Miranda, Maria Regina Godinho de Carvalho, Luis Eduardo Garrosino Barbieri, André Luiz Bonat Cordeiro e José Luiz Novo Rossari (Presidente). Ausente justificadamente a Conselheira Irene Souza da Trindade Torres. Ausente o Conselheiro João Luiz Fregonazzi.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto pela pessoa natural **Eloi Vitório Marchett** (fls. 93 a 105) em face de acórdão n.º 07-10.469, proferido pela Colenda 1ª Turma da DRJ/FNS de Florianópolis-SC (fls. 76 a 81), que, por unanimidade de votos, denegou a pretensão do recorrente para anulação dos lançamentos efetuados.

Na data de 14 de setembro de 2004, a autoridade administrativa formalizou três autos de infração em desfavor do recorrente (fls. 01 a 21), cientificando-o pessoalmente (fls. 01, 08 e 15). Os dois primeiros autos se referem à falta de recolhimento de COFINS importação e PIS/PASEP importação, respectivamente. O último trata de multa em virtude de embarque de mercadoria antes do deferimento da licença de importação. O fato gerador que motivou surgimento da obrigação tributária foi a importação de 5.000 t. de Fosfato Monoamônico granulado (fls. 30) e 8.000 t. de cloreto de potássio granulado (fls. 41).

Às fls. 49 a 75, o contribuinte apresentou impugnação, alegando os motivos que entende suficientes para total improcedência dos dois primeiros autos de infração, que em síntese são:

a) que o contribuinte é pessoa física, e assim não haveria incidência dos tributos sobre suas operações de importação;

b) que foi tratado de forma desigual pela legislação, tendo em vista que as pessoas jurídicas acumulam créditos referentes às importações sujeitas ao pagamento das contribuições, o que não pode ser feito pelas pessoas físicas;

c) haveria necessidade da existência de lei complementar para tratar sobre normas gerais dos tributos referidos, o que não ocorre;

d) houve ofensa ao critério da finalidade, especificamente aplicado às contribuições sociais;

e) a base de cálculo estabelecida pela Lei 10.865/04 seria mais abrangente que a estabelecida pela Constituição;

f) haveria confisco;

g) logo após a importação de seus produtos, a legislação isentou aquele produto, e que, portanto haveria tratamento desigual. A alegação de inconstitucionalidade serviu em vários momentos para justificar a falta de fundamentação para a lavratura dos autos de infração.

A 1ª Turma da DRJ/FNS **confirmou a procedência do lançamento**, com a ementa de fls. 76:

ARGÜIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE.

Processo nº 10921.000789/2004-01
Acórdão nº 3202-00.089



Arguições de inconstitucionalidade fogem à competência da instância administrativa, salvo se já houver decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, hipótese em que compete à autoridade julgadora afastar sua aplicação.

LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. FATO GERADOR.

A legislação aplicável é aquela vigente à data de ocorrência do fato gerador, salvo exceções previstas legalmente.

Lançamento Procedente.

Além a impossibilidade da análise da constitucionalidade por esta instância administrativa, a turma decidiu que a lei aplicada é aquela em vigor na data da ocorrência do fato gerador.

O impugnante foi intimado da decisão na data de 24 de setembro de 2007 (fls. 87), e em 24 de outubro de 2007 interpôs Recurso Voluntário (fls. 93 a 105). Como fundamento alega o recorrente, em resumo, que não incide PIS e Cofins na importação de bens por pessoa física para uso próprio, bem como, afirma que há tratamento diferenciado entre pessoas físicas e jurídicas, para fins de incidência dos tributos, já que estas podem obter crédito em virtude do cumprimento da obrigação tributária e aquelas não, o que confrontaria a isonomia com relação à capacidade econômica.

Alega também que o STF já decidiu favoravelmente à não incidência de IPI e ICMS no caso de importação de produtos para uso próprio, por pessoa física. Cita o Recurso Extraordinário nº 203075/DF do STF, dentre outros. Colaciona ainda recurso especial não identificado por número, mas que confirma a sua tese. Ao final requer provimento ao recurso para que os autos de infração sejam julgados improcedentes.

Às fls. 111, há a constatação de que o recorrente recolheu o valor referente ao auto de infração por embarque de mercadoria antes do deferimento da licença de importação. Assim o recurso versa sobre os dois autos de infração restantes – sobre as matérias: PIS/PASEP importação e COFINS importação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Heroldes Bahr Neto, Relator

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso voluntário.

Os pontos controversos serão abordados um a um a seguir, conforme respectivos destaques.

1. Sobre a **alegação de que não incide a COFINS importação ou PIS/PASEP importação sobre pessoa física**, esta não merece acolhimento. Primeiramente porque não há qualquer vício formal na instituição das referidas contribuições. Ainda que elas tenham sido

instituídas inicialmente por medida provisória, que posteriormente foi convertida em Lei. Neste sentido o STF já decidiu:

EMENTA: AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO. LEI N. 7.689/88. ALTERAÇÃO DO PERCENTUAL. MEDIDA PROVISÓRIA N. 1.807-02/99 E REEDIÇÕES. PERDA DE EFICÁCIA DE SUAS DISPOSIÇÕES. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 246 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. ALEGAÇÕES INSUBSISTENTES. 1. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que não perde eficácia a medida provisória, com força de lei, não apreciada pelo Congresso Nacional, mas reeditada, por meio de nova medida provisória, dentro de seu prazo de validade de trinta dias. Precedentes. 2. Idoneidade de medida provisória para dispor sobre matéria tributária. Precedentes. 3. A MP 1.807-02/99, e suas reedições, não regulamentam o artigo 195, I, da CB/88, anteriormente alterado pela EC 20/98, vindo, apenas, a elevar o percentual da Contribuição Social sobre o Lucro instituída pela Lei n. 7.689/88, o que é plenamente aceito por este Tribunal. Agravo regimental a que se nega provimento. (destaques inexistentes no original)

RE 378691 Agr / PR – Paraná, Ag.Reg. no Recurso Extraordinário, Relator(a): Min. EROS GRAU, Julgamento: 13/05/2008, Órgão Julgador: Segunda Turma.

Depois, a Lei 10.865/04 é expressa, em seu artigo 5º, sobre possibilidade de pessoas físicas figurarem como contribuintes das contribuições sociais incidentes sobre importação:

“Art. 5º São contribuintes:

I - o importador, assim considerada a pessoa física ou jurídica que promova a entrada de bens estrangeiros no território nacional;

II - a pessoa física ou jurídica contratante de serviços de residente ou domiciliado no exterior; e

III - o beneficiário do serviço, na hipótese em que o contratante também seja residente ou domiciliado no exterior.

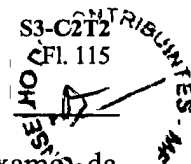
Parágrafo único. Equiparam-se ao importador o destinatário de remessa postal internacional indicado pelo respectivo remetente e o adquirente de mercadoria entrepostada.”

(destaques inexistentes no original)

Tal dispositivo possui fundamento constitucional, haja vista os artigos 149, § 3º e 195, IV da Constituição da República.

2. Sobre o **controle de constitucionalidade**, ao que consta, ainda não há manifestação do STF sobre a inconstitucionalidade ou não da Lei 10.865/04; ainda que haja o reconhecimento de repercussão geral em relação à base de cálculo dos tributos – RE 559.607 RG/SC.

Processo nº 10921.000789/2004-01
Acórdão n.º 3202-00.089



Sobretudo porque compete exclusivamente ao judiciário o exame da constitucionalidade das leis, conforme já firmado na jurisprudência deste órgão julgador. Ainda mais na apreciação de princípio que comporta alto grau de subjetividade como é o da igualdade. Desta forma não é possível afirmar, em âmbito administrativo, que a Lei 10.865/04 possui dispositivo, ou é em sua totalidade inconstitucional, se o judiciário não o fez. Vejamos:

“Número do Recurso: 136558

Câmara: TERCEIRA CÂMARA

Número do Processo: 10283.001551/2005-38

Tipo do Recurso: VOLUNTÁRIO

Matéria: MULTA DECORRENTE DE PENA DE
PERDIMENTO

Recorrida/Interessado: DRJ-FORTALEZA/CE

Data da Sessão: 24/04/2008 14:00:00

Relator: Nanci Gama

Decisão: Acórdão 303-35271

Resultado: NPU - NEGADO PROVIMENTO POR
UNANIMIDADE

Texto da Decisão: Por unanimidade de votos, negou-se provimento ao recurso voluntário. Os Conselheiros Luis Marcelo Guerra de Castro, Vanessa Albuquerque Valente, Celso Lopes Pereira Neto e Anelise Daudt Prieto, votaram pela conclusão. Ausente o Conselheiro Heroldes Bahr Neto.

Ementa: Assunto: Obrigações Acessórias

Data do fato gerador: 22/04/2004

**PRELIMINAR DE AFASTAMENTO DE APLICAÇÃO DE
MULTA POR ARGUIÇÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI - ALEGAÇÃO DE
CONFISCO.**

A declaração de inconstitucionalidade de lei é atribuição exclusiva do Poder Judiciário, conforme previsto nos artigos 97 e 102, I, "a" e III, "b" da Constituição Federal. No julgamento de recurso voluntário fica vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação, em virtude de arguição de inconstitucionalidade, de lei em vigor.

**SUBFATURAMENTO. CONVERSÃO DO PERDIMENTO EM
MULTA. MATERIALIDADE COMPROVADA.**

Comprovada nos autos a prática de subfaturamento de produtos em Declarações de Importação, com o fito de evitar o recolhimento de tributos, com a apresentação de documentação ideologicamente falsa, adequada a aplicação da penalidade de perdimento das mercadorias importadas, com sua conversão em

multa. Afastamento de alegação não comprovada de que o lançamento fora baseado em mera suposição de que a documentação apresentada pelo importador está em desacordo com anotações feitas pelo exportador.

RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO"

(destaques inexistentes no original)

Também neste sentido o 1º Conselho:

"Número do Recurso: 158153

Câmara: SEGUNDA CÂMARA

Número do Processo: 10920.003566/2004-05

Tipo do Recurso: VOLUNTÁRIO

Matéria: IRPF

Recorrente: OSVALDO RAUL LUNARDI

Recorrida/Interessado: 3ª TURMA/DRJ-FLORIANÓPOLIS/SC

Data da Sessão: 10/09/2008 00:00:00

Relator: Alexandre Naoki Nishioka

Decisão: Acórdão 102-49254

Resultado: NPM - NEGADO PROVIMENTO POR
MAIORIA

Texto da Decisão: Por maioria de votos, NEGAR provimento ao recurso. Vencido o Conselheiro Moisés Giacomelli Nunes da Silva que dava provimento ao recurso e apresenta declaração de voto, quanto a irretroatividade da Lei 10174/2001.

Ementa: Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF

Exercício: 2000

LEIS 9.311/1996 E 10.174/2001 E LEI COMPLEMENTAR 105/2001. INCONSTITUCIONALIDADE.

"O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária" (Súmula 2 deste Primeiro Conselho de Contribuintes).

DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA.
PRESUNÇÃO RELATIVA DE OMISSÃO DE RENDIMENTOS.

O artigo 42 da Lei n. 9.430/96 estabelece presunção relativa que, como tal, inverte o ônus da prova, cabendo ao contribuinte desconstituí-la.

MULTA DE OFÍCIO. LEI 9.430/96, ART. 44, I. VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 5º, LIV, E 150, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Processo nº 10921.000789/2004-01
Acórdão nº 3202-00.089



A multa de ofício é devida nos termos do artigo 44, I, da Lei n. 9.430/96, só podendo ser afastada pelo Poder Judiciário, de acordo com a Súmula n. 2, segundo a qual "O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária".

Recurso negado."

(destaques inexistentes no original)

Como destacado nos julgados acima citados, convém destacar a previsão da Súmula 02 do CARF: **"O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária"**.

3. Sobre a **alegação de afronta à capacidade econômica**, de que o sujeito não é empresário e importou produto para uso próprio, algumas considerações devem ser feitas.

A análise da capacidade econômica na tributação tem noção específica, por ter ligação estrita com a capacidade contributiva, que decorre da igualdade. O fato é que a ausência de capacidade econômica alegada pelo recorrente não é demonstrada nos autos. Pelo contrário, o ato de importar *treze mil toneladas* de produtos químicos, cujo custo foi superior a US\$2,000,000.00 (fls. 30 e 41), demonstra que não há carência de capacidade econômica.

Outro fato importante é a afirmação da utilização de produto para "uso próprio". Em que pese tal conduta ser irrelevante para a incidência das contribuições sobre a importação, há duas formas de se interpretação a expressão "uso próprio" aplicada no caso em questão. A primeira diz respeito à importação de produto de forma a utilizá-lo como um fim em si mesmo. Para gozo próprio, sem caracterizar o produto como instrumento para desenvolvimento de atividade econômica. Ex: há a importação de carro de passeio para fruição pessoal do importador. A segunda forma de se interpretar "uso próprio" é a importação de produto para utilizá-lo como instrumento em desenvolvimento de atividade econômica. Ex: determinada pessoa importa produto que servirá de instrumento para desenvolvimento de outros produtos, objeto de atividade econômica.

No caso em questão, a segunda hipótese de interpretação parece a aplicável, tendo em vista a grande quantidade de produtos químicos importados – *treze mil toneladas*. Neste sentido, não é possível afirmar que o importador realizou operação de importação para agricultura de subsistência (uso próprio na primeira acepção), mas que comprou a mercadoria, se para uso próprio, para sua aplicação em lavoura com o objetivo de produção agrícola ou melhoramento de pasto.

A análise da idéia é importante, pois se a situação fática for esta - se ressalta que o recorrente apenas alegou o uso próprio, mas não comprovou – o contribuinte se enquadraria no conceito de empresário estabelecido pelo Código Civil, cuja redação é a seguinte: Art. 966. *Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.*

Note-se que o conceito de empresário é aplicado tanto a pessoa física como a jurídica (art. 982), e ainda que seja obrigatória a inscrição do empresário no registro competente (967), a inscrição em si não está compreendida no conceito, nem o determina, portanto a inscrição caracterizará não se o sujeito é ou não empresário, mas se sua situação é de fato ou de direito.

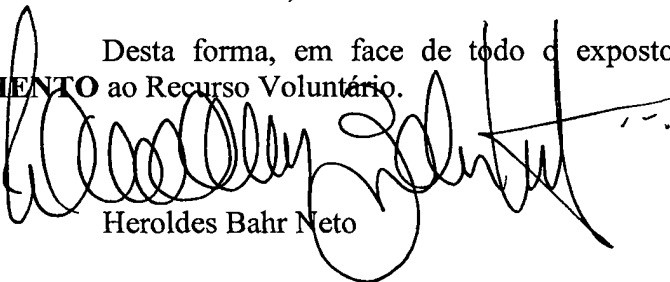
Vale lembrar que com a aprovação do legislativo pelo Código Civil de 2002, o conceito de empresário no sistema brasileiro passou a adotar a teoria da empresa – subjetiva (italiana), diferentemente da teoria dos atos de comércio – objetiva (francesa). Por este motivo hoje não se considera empresário quem exerce determinados atos, mas sim a forma como a atividade é exercida.

Quanto às decisões do STF sobre a não incidência de IPI ou de ICMS sobre importadores que utilizarão os bens importados para uso próprio, é verdade que não há incidência. Porém, isto ocorre também tendo em vista uma das características da competência tributária: a inalterabilidade (CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de direito constitucional tributário. 22. ed. São Paulo: Malheiros. Pág. 632), e não pelo fato exclusivo de ser para uso próprio. Aquela característica tem por fundamento não permitir o alargamento do conceito constitucional do critério material da hipótese de incidência, com a finalidade de incluir o comportamento do sujeito no âmbito de abrangência do tributo.

“EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PESSOA FÍSICA. IMPORTAÇÃO DE BEM. EXIGÊNCIA DE PAGAMENTO DO ICMS POR OCASIÃO DO DESEMBARAÇO ADUANEIRO. IMPOSSIBILIDADE. 1. A incidência do ICMS na importação de mercadoria tem como fato gerador operação de natureza mercantil ou assemelhada, sendo inexigível o imposto quando se tratar de bem importado por pessoa física. 2. Princípio da não-cumulatividade do ICMS. Pessoa física. Importação de bem. Impossibilidade de se compensar o que devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal. Não sendo comerciante e como tal não estabelecida, a pessoa física não pratica atos que envolvam circulação de mercadoria. Recurso extraordinário não conhecido.” (grifo nosso)

(RE 203075 / DF - Distrito Federal, Recurso Extraordinário, Relator(a): Min. Ilmar Galvão, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Maurício Corrêa, Julgamento: 05/08/1998, Órgão Julgador: Primeira Turma)

Desta forma, em face de todo o exposto, voto no sentido de **NEGAR PROVIMENTO** ao Recurso Voluntário.



Heroldes Bahr Neto