



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS



Processo nº 11891.000267/2008-91
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3302-009.775 – 3ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de outubro de 2020
Recorrente CENTRO DE PESQUISA DA MULHER LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 11/10/2007

Ementa:

AÇÃO JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA DE OBJETO. RENÚNCIA À INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. SÚMULA Nº 1 do CARF.

A matéria já suscitada perante o Poder Judiciário não pode ser apreciada na via administrativa.

A concomitância caracteriza-se pela irrefutável identidade entre o pedido e a causa de pedir dos processos administrativos e judiciais.

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.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO. MEDIDA JUDICIAL. LANÇAMENTO. POSSIBILIDADE.

A atividade de lançamento é vinculada e obrigatória, fazendo-se necessária sempre que presentes os pressupostos legais, não lhe obstando a existência de liminar em mandado de segurança, cuja consequência é a mera suspensão de exigibilidade de crédito fiscal. Portanto, o auto de infração é instrumento hábil para constituir o crédito tributário e impor a penalidade aplicável.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(assinado digitalmente)

Gilson Macedo Rosenburg Filho - Relator e Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Corinθο Oliveira Machado, Walker Araujo, Vinicius Guimarães, Jose Renato Pereira de Deus, Jorge Lima Abud, Raphael Madeira Abad, Denise Madalena Green e Gilson Macedo Rosenburg Filho (Presidente).

Relatório

Como forma de elucidar os fatos ocorridos até a decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, colaciono o relatório do Acórdão recorrido, *in verbis*:

O presente processo refere-se aos autos de infração de fls. 02 a 14, lavrados para as exigências referentes a Cofins-Importação e ao PIS/Pasep-Importação, acrescidos de juros de mora, totalizando um crédito tributário no valor de R\$78.137,07.

Depreende-se da descrição dos fatos e enquadramento legal do auto de infração que a interessada submeteu a despacho de importação mercadoria amparada pelas Declarações de Importação - DI n.º 07/1395300-9 e n.º 07/1395310-6, ambas registradas em 11/10/2007.

O CEPEM - CENTRO DE PESQUISA DA MULHER S/S LTDA impetrou mandado de segurança com pedido de liminar na 11ª Vara da Justiça Federal em Minas Gerais, processo judicial n.º 2007.38.00.029278-3, objetivando o desembaraço aduaneiro de mercadorias sem o pagamento das contribuições Cofins-Importação e PIS -Importação.

A liminar foi indeferida.

O contribuinte realizou depósitos judiciais das contribuições devidas na data de registro da DI para fins de liberação da mercadoria.

O crédito tributário foi lançado através do presente Auto de Infração com o fim de prevenir a sua decadência, e está com a exigibilidade suspensa por força do depósito do montante integral realizado nos autos do processo n.º 2007.38.00.029278-3 da 11ª Vara da Justiça Federal em Minas Gerais.

Cientificado, o interessado apresentou impugnação na qual alega, em síntese:

- Preliminarmente, alega nulidade do auto de infração por impossibilidade de cominação dos juros de mora. Há nulidade do auto de infração por sua insubsistência em razão do vício formal - juros de mora - que o macula.

- É nulo o Auto de Infração por carência de objeto, em razão dos lançamentos terem sido efetuados sem que qualquer infração fiscal tivesse ocorrido, tendo em vista a depósito integral do montante alusivo ao PIS/Cofins Importação.

- É nulo o Auto de Infração devido a vício formal por erro quanto à capitulação legal e penalidade aplicável, ou seja, não ha qualquer infração aos artigos 602, 604 e 684 do Decreto n.º 4543/02, tendo em vista que a exigibilidade dos questionados tributos supostamente devidos no desembaraço aduaneiro em questão está suspensa em razão do depósito do seu montante integral.

- Em razão da haver processo judicial em trâmite, a exigibilidade dos tributos, como ocorre no presente caso, só poderia se iniciar após a decisão judicial definitiva, transitada em julgado e caso o fisco obtivesse decisão definitiva a si favorável. A autoridade fiscal não poderá adotar quaisquer medidas que impliquem na cobrança do tributo nem na inclusão do nome societário da impugnante em Dívida Ativa antes do trânsito em julgado da referida decisão judicial.

- O fato de ter que impugnar auto de infração relativo à matéria *sub judice*, na qual inclusive existe depósito judicial suspendendo a exigibilidade dos questionados tributos, implica em verdadeira litispendência entre o presente processo administrativo e o processo judicial citado.

- Considerando que a medida judicial em tramite se sobrepõe à medida administrativa, deve-se sobrestar o presente processo administrativo até o trânsito em julgado do respectivo Mandado de Segurança, para, somente após, seguir seus trâmites, de acordo com a decisão judicial.

- Em razão de o depósito do montante integral do crédito ficar vinculado à decisão final no processo judicial, sendo convertido em renda em caso de a demanda ser julgada favorável ao Fisco, não há que se falar nem mesmo em lançamento para fins de prevenir a decadência.

- Não houve a necessária Lei Complementar para instituir as contribuições em tela e a Lei n.º 10.865/2004 é inconstitucional. Deve-se atentar para a proibição de *bis in idem* com outros impostos e contribuições já previstos na Constituição.

- Inconstitucionalidade do artigo 7º, I, da Lei n.º 10.865/2004 que extrapolou o conceito constitucional de valor aduaneiro, alargando a base de cálculo para incluir o ICMS e as novas contribuições. A base de cálculo estabelecida é inconstitucional quer em decorrência do disposto no art. 149 da Carta Magna, quer em razão do estabelecido pelo art. 195 da mesma Carta Magna. Refere o Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade já julgado pelo Tribunal na AC n.º 2004.72.05.003314-1.

- Há ofensa ao Princípio Constitucional da Isonomia pela Lei n.º 10.865/2004, quando, em seu artigo 15, outorga aos contribuintes sujeitos ao regime não-cumulativo de apuração da Cofins e do PIS o direito ao aproveitamento a determinados créditos sobre as importações, mediante a aplicação das alíquotas cobradas sobre os valores previstos, e, em seu art. 16, veda terminantemente o aproveitamento de qualquer crédito que seja pelos contribuintes que estão sujeitos ao regime cumulativo de pagamento dessas contribuições.

- Não é possível a correção da base de cálculo devido ao Princípio da Estrita Legalidade. Mesmo sendo reconhecida a inconstitucionalidade da base de cálculo prevista no artigo 7º inciso I da Lei 10.865/04, o PIS/Cofins na Importação não podem ser exigidos com base de cálculo a ser corrigida por este Julgador, cabendo à Lei - Poder Legislativo - a sua correção, conforme se depreende dos fundamentos acima elencados.

Requer que as preliminares argüidas sejam acatadas e julgadas procedentes, anulando o presente auto de infração. No mérito, requer que seja reconhecida a inexigibilidade do PIS/COFINS Importação sobre a importação em tela, tendo em vista as a necessidade de regulamentação das exações por Lei Complementar; a afronta ao Princípio da Isonomia; além de que o "alargamento" da base de cálculo pelo artigo 7º, I da Lei 10.865/04, afronta diretamente os limites impostos pela Constituição no artigo 149, §2º, inciso III, e dos artigos 98, 108 e 110 do Código Tributário Nacional, e por fim em atenção ao princípio constitucional da estrita legalidade (art. 150, I da CF/88), levando-se em conta a impossibilidade de correção, pelo nobre julgador, da citada base de cálculo. Caso seja mantido o Auto de Infração em questão, requer seja afastada a incidência de juros de mora, pelas razões anteriormente expostas.

A 1ª Turma da DRJ em Florianópolis (SC) julgou a impugnação procedente em parte, nos termos do Acórdão n.º 07-37.695, de 26 de agosto de 2015, cuja ementa foi vazada nos seguintes termos:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 11/10/2007

CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CONSTITUIÇÃO. AÇÃO JUDICIAL.

As matérias submetidas à via judicial devem ter o crédito tributário lançado, pois a atividade do lançamento é obrigatória e vinculada em relação à autoridade fiscal.

ESFERA JUDICIAL E ADMINISTRATIVA. CONCOMITÂNCIA. RENÚNCIA À ESFERA ADMINISTRATIVA.

A propositura de qualquer ação judicial anterior, concomitante ou posterior a procedimento fiscal, com o mesmo objeto do lançamento, importa em renúncia ou desistência à apreciação da mesma matéria na esfera administrativa. Assim, o apelo interposto pelo sujeito passivo não deve ser conhecido no âmbito administrativo.

As matérias diferenciadas entre o processo judicial e o processo administrativo e impugnadas devem ser apreciadas no âmbito administrativo, desde que não tenham influência quanto ao mérito do objeto litigado judicialmente.

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Data do fato gerador: 11/10/2007

ARGÜIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADES. INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS. COMPETÊNCIA.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de argüições de inconstitucionalidade e ilegalidade, restringindo-se a instância administrativa ao exame da validade jurídica dos atos praticados pelos agentes do fisco.

JUROS DE MORA. DEPÓSITO PRÉVIO.

Indevida a exigência de juros de mora quando realizado o depósito integral do montante dos valores suspensos antes do início de qualquer procedimento fiscal.

Impugnação Procedente em Parte.

Inconformado com a decisão da DRJ, o sujeito passivo apresentou recurso voluntário ao CARF, no qual alega:

- a) Nulidade do auto de infração por desrespeito à decisão judicial;
- b) Nulidade do auto de infração em virtude de ausência específica do dispositivo infringido;
- c) Nulidade da decisão recorrida devido à omissão dos fundamentos da impugnação;

Termina o recurso requerendo seu conhecimento e provimento para declarar a total insubsistência do auto de infração. Alternativamente, que seja sobrestado o processo administrativo até o trânsito e julgado da decisão judicial.

É o breve relatório.

Voto

Conselheiro Gilson Macedo Rosenberg Filho, Relator.

O recurso é tempestivo e apresenta os demais pressupostos de admissibilidade, de forma que dele conheço e passo à análise.

Nulidade do Auto de infração. Ausência específica do dispositivo infringido.

Alega a recorrente que o auto de infração foi lavrado com base em inúmeros dispositivos legais, sem a indicação precisa de quais especificamente foram infringidos e em que extensão.

Ao analisar o campo “ Descrição dos fatos e enquadramento legal” do auto de infração, verifica-se que o lançamento se deu pela “falta de recolhimento em tempo legal de tributos na importação das mercadorias constantes das Declarações de Importação nº 07/1395300-9 e 07/1395310-6 registradas em 11/10/2007”.

No campo do enquadramento legal, consta todos a legislação que embasou o lançamento tributário.

Ao meu sentir, não houve ausência do dispositivo infringido, tampouco qual foi sua extensão, pois o auto de infração deve ser interpretado como um todo, combinado os fatos com a fundamentação legal.

Partindo dessa premissa, é de mediana obviedade que o lançamento tributário se deu para constituir os créditos tributários do PIS e Cofins importação, cujo fato gerador foram as importações constantes nas DI's n.º 07/1395300-9 e 07/1395310-6.

Ressalto que o próprio recorrente não teve dúvidas do que estava em discussão, pois impetrou ação judicial para não recolher as mencionadas exações. Ora, como reclamar de cerceamento do direito de defesa quando seu direito estava inclusive sendo discutido em outro Poder da República.

Portanto, não vislumbro o cerceamento do direito de defesa suscitado pela recorrente, de forma que afasto a nulidade requerida.

Nulidade do auto de infração por desrespeito à decisão judicial.

Neste capítulo recursal o que discute é a possibilidade de efetuar o lançamento tributário quando o sujeito passivo possui uma ação judicial com depósito integral.

Entendo que levar a discussão de matéria tributária ao Poder judiciário não impede o lançamento tributário, salvo se houve alguma decisão judicial proibindo a feitura do auto de infração.

Para ilustrar minha opinião, pinço parte de texto do professor Alberto Xavier sobre o assunto, *verbis*:

A suspensão regulada pelo artigo 151 do Código Tributário Nacional paralisa temporariamente o exercício efetivo do poder de execução, mas não suspende a prática do próprio ato administrativo de lançamento, decorrente de atividade vinculada e obrigatória, nos termos do artigo 142 do mesmo Código, e necessária para evitar a decadência do poder de lançar. Nem o depósito, nem a liminar em mandado de segurança têm a eficácia de impedir a formação do título executivo pelo lançamento, pelo que a autoridade administrativa deve exercer o seu poder-dever de lançar, sem quaisquer limitações, apenas ficando paralisada a executoriedade do crédito.

Não se pode esquecer que a formalização do crédito tributário pelo lançamento, consoante o disposto no artigo 142 do CTN, é decorrente do caráter vinculado e obrigatório do ato administrativo, não podendo a fiscalização, sob pena de responsabilidade funcional, eximir-se de efetuá-lo, ainda que a exigibilidade esteja suspensa. Sobre o assunto, no sentido de elucidar tal posicionamento, pode-se citar trecho do voto do Exmo. Sr. Juiz Relator Ari Pargendler, em decisão proferida pelo Egrégio Tribunal Federal da 4ª Região, em sede de Agravo de Instrumento - Processo n.º 91.04.03398-1:

“... Na espécie, portanto, a agravada poderia ter corrigido monetariamente as contas de seu balanço pelo índice que lhe aprovesse, independentemente de provimento judicial, desde que se sujeitasse a eventual lançamento “ex-officio” por diferenças que o fisco entendesse devidas. Mas ela não quer se ver nessa contingência, e então propôs a presente ação, obtendo liminarmente a sustação do lançamento suplementar. Até aí não vai o poder cautelar do Juiz. Tudo porque o lançamento fiscal é um procedimento legal, subordinado ao contraditório, que não importa dano algum para o contribuinte, o qual pode discutir a exigência nele contida em mais de uma instância administrativa, sem constrangimentos que antes existiam em nosso ordenamento jurídico (“solve et repete”, depósito da quantia controvertida, etc.). A imposição nele contida pode ser ilegal, mas a pretexto disso não se deve tolher a constituição do crédito tributário, resultado de um procedimento que a Administração Pública está vinculada por lei ...”

Por conseguinte, ainda que suspensa a exigibilidade do crédito tributário, nos moldes do art. 151 do CTN, o lançamento (ou auto de infração) deve ser sempre levado a cabo. E a razão disto é imediata. Materializada a hipótese jurídico-tributária da regra-matriz de

incidência, isto é, dado o fato jurídico-tributário, começa a fluir o prazo decadencial contra o direito subjetivo da Fazenda Pública que acaba de vir a lume. Necessário se faz, portanto, assegurar este direito.

É pacífico o entendimento, tanto administrativo quanto no âmbito do Judiciário, de que, nos casos em que houver liminar em mandado de segurança, ou em procedimento cautelar, ou depósito do montante integral do tributo, deve ser efetuado o lançamento, conforme art. 142, parágrafo único, do CTN, sendo o sujeito passivo regularmente notificado (art. 145 do CTN c/c o art. 7º, I, do Decreto no 70.235/1972), com o esclarecimento de que a exigibilidade do crédito tributário apurado permanece suspensa, em face da medida liminar concedida (art. 151 do CTN). Nesse sentido, inclusive, estão as conclusões do Parecer PGFN/CRJN no 1.064/1993.

Toda essa preocupação surge porque uma eventual decisão final contrária ao sujeito passivo, tida e havida após o decurso do prazo decadencial, suscitaria prejuízos ao erário, porquanto a Fazenda Pública não teria ao seu dispor título algum com o qual pudesse embasar uma execução judicial.

Portanto, diante da obrigatoriedade de lançamento tributário pela autoridade fiscal quando deparado com a ocorrência do fato gerador, afastou a nulidade alegada pelo sujeito passivo no sentido de que a lavratura do auto de infração desobedeceu ordem judicial.

Nulidade da decisão recorrida devido à omissão dos fundamentos da impugnação.

A recorrente alega que a decisão recorrida foi omissa quanto à análise das provas e dos argumentos relativos ao mérito do auto de infração, qual seja, a inconstitucionalidade do art. 7º, I, da Lei n.º 10.865/2004.

É fato incontroverso que essa matéria se encontra sob a apreciação do Poder Judiciário, conforme relatado pelo próprio recorrente em seu recurso voluntário.

Os fatos e a própria matéria legal constante do Auto de Infração que deu origem a decisão recorrida encontram-se sob apreciação do Poder Judiciário.

Nestes casos, quando o sujeito passivo opta pela via judicial para a discussão de matéria tributária implica na renúncia ao poder de recorrer na instância administrativa, nos termos do parágrafo único do art. 38 da Lei n.º 6.830/80 e do § 2º, art. 1º do Decreto-lei n.º 1.737, de 1979.

Sabemos que o objetivo de determinar a renúncia administrativa é para respeitar o modelo da jurisdição una que rege o ordenamento jurídico pátrio. Registre-se que a coisa julgada a ser proferida no âmbito do Poder Judiciário jamais poderia ser alterada no processo administrativo, pois tal procedimento feriria a Constituição Federal, que adota, como já mencionado, o modelo de jurisdição una, onde são soberanas as decisões judiciais.

Processos paralelos, com objeto e finalidade idênticos, podem resultar em efeitos redundantes ou antagônicos. Em qualquer das hipóteses, prevalecerá a decisão judicial, motivo pelo qual a concomitância de processos ofende o princípio da economia processual. Em face disso, a opção do contribuinte pela via judicial encerra o processo administrativo fiscal em definitivo, em qualquer das fases em que ele se encontre.

Esse entendimento está pacificado na Administração Tributária pelo Enunciado de Súmula vinculante do CARF n.º 01, *in verbis*:

Súmula CARF n.º 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.

Noutro giro, o direito a recorrer está sujeito à observância de requisitos mínimos impostos por lei, cuja ausência implica a pronta inadmissão da peça recursal, sem que se investigue ser procedente ou improcedente a própria irresignação veiculada no recurso. As atividades do julgador direcionadas para aferição da presença desses pressupostos recebem o nome de juízo de admissibilidade. Esse juízo antecede lógica e cronologicamente um outro subsequente juízo, o de mérito, no qual é analisada a pretensão recursal.

O professor Barbosa Moreira observa que:

... a questão relativa à admissibilidade é, sempre e necessariamente, preliminar à questão de mérito. A apreciação desta fica excluída se àquela se responde em sentido negativo.

Os requisitos viabilizadores do exame do mérito recursal são divididos pelo professor Barbosa Moreira em duas categorias: “requisitos intrínsecos (concernentes à própria existência do poder de recorrer) e requisitos extrínsecos (relativos ao modo de exercê-lo)”. Alinham-se no primeiro grupo o cabimento, a legitimidade para recorrer, o interesse recursal e a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer. O segundo grupo é composto pela tempestividade, a regularidade formal e o preparo.

Nem todos os requisitos de admissibilidade devem ser observados no âmbito do processo administrativo. Contudo, ao examinar a possibilidade de seguimento do recurso, o julgador administrativo deve estar atento para alguns dos requisitos, a saber: o interesse recursal, a legitimidade, a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer, a regularidade formal e a tempestividade. Atendidos todos eles, fica permitida a análise do *meritum causae*.

Retornando aos autos, como dito alhures, o recorrente optou por discutir a inconstitucionalidade do art. 7º, I, da Lei nº 10.865/2004 na via judicial, o que leva a renúncia ao direito de debater essa mesma matéria na via administrativa. Sabemos que a renúncia é um fato extintivo do direito de recorrer, o que impede a análise de mérito deste capítulo recursal.

Se o capítulo recursal não foi conhecido em virtude de fato impeditivo, nenhuma das razões postas no recurso voluntário referente a este capítulo deve ser enfrentada, uma vez que o não conhecimento tranca seu andamento e inviabiliza a apreciação do mérito.

Sob essa perspectiva, não vejo motivos para anular a decisão recorrida, uma vez que não houve a omissão alegada pela recorrente.

Forte nestes argumentos, nego provimento ao capítulo recursal.

Conclusão.

Por tudo que foi exposto, nego provimento ao recurso voluntário.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Gilson Macedo Rosenburg Filho

Fl. 8 do Acórdão n.º 3302-009.775 - 3ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo n.º 11891.000267/2008-91