



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

Processo nº 12466.001128/2010-82
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3301-003.253 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 29 de março de 2017
Matéria PIS/PASEP-IMPORTAÇÃO E COFINS-IMPORTAÇÃO - AÇÃO JUDICIAL
Recorrente COTIA TRADING S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/06/2005 a 30/06/2005

PROCESSO JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA DE OBJETO. RENÚNCIA À DISCUSSÃO ADMINISTRATIVA. UNIDADE DE JURISDIÇÃO.

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, em função da unidade de jurisdição.

Recurso Voluntário Não Conhecido

Crédito Tributário Mantido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso voluntário, por haver concomitância entre o processo administrativo e o processo judicial.

(ASSINADO DIGITALMENTE)

Luiz Augusto do Couto Chagas - Presidente.

(ASSINADO DIGITALMENTE)

Antonio Carlos da Costa Cavalcanti Filho - Relator.

EDITADO EM: 12/04/2017

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Luiz Augusto do Couto Chagas (Presidente), José Henrique Mauri, Marcelo Costa Marques D'Oliveira, Liziane Angelotti Meira, Maria Eduarda Alencar Câmara Simões, Antonio Carlos da Costa Cavalcanti Filho, Semíramis de Oliveira Duro e Valcir Gassen.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra o Acórdão nº 16-062.504, proferido pela 11ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo, no qual não foi conhecida a impugnação apresentada.

O presente processo administrativo traz lançamento para prevenir a decadência do direito de constituir créditos tributários de PIS/PASEP-Importação e COFINS-Importação, os quais, no momento da ocorrência do fato gerador, estavam com sua exigibilidade suspensa, devido a decisão antecipatória de tutela recursal concedida no Mandado de Segurança (MS) nº 2004.50.01.005206-0.

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório constante do acórdão recorrido (fls. 728 a 733), em parte:

Consta do auto de infração:

A empresa COTIA TRADING S/A obteve autorização judicial nos seguintes termos: "Isto posto, concedo a antecipação de tutela recursal,..., para abster as agravantes do recolhimento, da contribuição ao PIS e a COFINS, instituída pela Medida Provisória nº164/2004, daquilo que exceder - na base de cálculo ao "valor aduaneiro", nos termos em que foi definido no Regulamento Aduaneiro (Decreto nº4543/2002, na redação dada pelo Decreto nº4765/2003, art.77) ressaltando-se à autoridade administrativa o mais amplo poder de fiscalização quanto exatidão dos valores recolhidos"(conforme Memorando nº030/04 vide fls.

Ou , seja, esta decisão estabeleceu que " A APLICAÇÃO DAS ALÍQUOTAS DAS CONTRIBUIÇÕES FOSSE FEITA, ÚNICA E EXCLUSIVAMENTE, SOBRE O VALOR ADUANEIRO DAS MERCADORIAS.

Tal liminar foi revogada por decisão da 1a. Vara Federal Cível, publicada no D.O.E. em 16/10/2006(vide fl.). No período compreendido entre a data de sua concessão e da sua revogação, consoante a decisão judicial precária, a parte autora registrou Declarações de Importação nesta Unidade da SRFB adotando base da calculo reduzida - nos termos acima - para as alíquotas das contribuições sociais (PIS/COFINS). O presente Auto de Infração tem por objetivo elidir a extinção do crédito tributário pela decadência (art.156, inc.V, CTN) e reúne as Declarações de Importação registradas no período de 01/06 a 30/06 de 2005 na Alfândega do Porto de Vitória/ES. A base de cálculo para os lançamentos ora apresentados obedeceu ao disposto na Lei nº10865/2004, Lei 10.485/2002, IN/SRF 552/05 (de 16/06/05 até 13/10/05), I RFB 571/05.

Do exposto, ficou claro que o crédito cobrado no auto de infração em análise, refere-se à diferença das contribuições PIS e COFINS calculadas sobre duas bases distintas, ou seja o valor das contribuições sobre a base de cálculo prevista na Lei 10865/2004 menos o valor das contribuições somente com base no valor aduaneiro estipulado na medida liminar, que não incluiu na sua composição os valores do ICMS e das próprias contribuições.

Observe-se também, que as declarações de importação abrangidas por este auto de infração, foram todas registradas durante a vigência de liminar que determinava o recolhimento das contribuições PIS e COFINS importação somente com base no valor aduaneiro, sem a inclusão do ICMS e das próprias contribuições na base de cálculo.

Sobre o processo judicial 2004.50.01.005206-0 2006, constatamos no site da Justiça Federal do Espírito Santo, que o mesmo encontra-se vinculado ao processo 00038185820044025001 que teve recurso da decisão de primeira instância julgada, sem recurso do contribuinte.

Do auto de infração a impugnante tomou ciência em 12/08/2010 e apresentou impugnação tempestiva em 09/09/2010.

A Impugnação

Em sua defesa faz as seguintes alegações:

- que inexistente qualquer infração, devendo o auto de infração impugnado ser julgado totalmente improcedente;

- que em total violação à Constituição Federal de 1988, em especial ao seu artigo 149, § 2º, III, "a", a Lei nº 10.865/04 determina em seu artigo 7º, inciso I, que as contribuições incidam sobre uma base de cálculo mais "alargada", que inclui o ICMS, além das próprias contribuições, do que aquela determinada pela Constituição Federal, ou seja, o mero valor aduaneiro.

- que a violação da CF/88 também ocorreu no caso de se colocar na base de cálculo, o valor das próprias contribuições, PIS e COFINS, alargando assim a base de cálculo, que constitucionalmente deveria ser o valor aduaneiro, definido no do artigo VII do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio — GATT 1994,

- que o valor aduaneiro não pode ter **sua definição modificada por lei tributária**, como pretendeu o legislador ordinário ao instituir a base de cálculo das Contribuições ao PIS- Importação e a COFINS - Importação, nos termos do inciso I, do artigo 7º da Lei nº 10865/04;

Conclui que a Lei nº 10.865/04 e o auto de infração impugnado estão eivados de inconstitucionalidade e ilegalidade, por não respeitar a base de cálculo definida na Constituição Federal, nos casos de importação de bens, qual seja, o valor aduaneiro, bem como por ignorar o conceito desse instituto, traduzido pelo ao artigo 77 do Decreto nº 4.543/2002 (GATT).

O citado acórdão decidiu pelo não conhecimento da impugnação, assim ementado:

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/06/2005 a 30/06/2005

Ementa: CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL

Decisão emitida em Mandado de Segurança, implica a 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. (Súmula nº 1 Portaria CARF nº 52, de 2010).

Não se toma conhecimento da impugnação no tocante à matéria da ação judicial.

JUROS DE MORA

Exigibilidade Suspensa. São devidos juros de mora sobre o crédito tributário não integralmente pago no vencimento, ainda que suspensa sua exigibilidade, salvo quando existir depósito do montante integral. (Súmula nº 5, Portaria CARF nº 52, de 2010).

Impugnação Não Conhecida

Crédito Tributário Mantido

Inconformada com o não conhecimento da impugnação, a contribuinte interpôs recurso voluntário (fls. 741 a 755), alegando não haver identidade de objetos entre o auto de infração e a ação judicial. Pede que este Conselho enfrente a questão de mérito, entendendo inexistir qualquer infração fiscal.

Preliminarmente, argumenta a recorrente ter o STF declarado a inconstitucionalidade da base de cálculo da PIS e da COFINS - Importação, no Recurso Extraordinário (RE) nº 559.937, sob a sistemática da repercussão geral, reproduzindo o respectivo acórdão, publicado em 17/10/2013. Entende que a decisão da Suprema Corte "deve ser aplicada a todos os casos que envolvem a matéria, seja em âmbito administrativo, seja em âmbito judicial".

Em nome do princípio da eventualidade, caso tal entendimento não seja abraçado por esta Turma, pede a recorrente que se verifiquem as questões de ordem meritória: violação da base de cálculo prevista no art. 149, III, da Constituição federal de 1988; alteração da legislação tributária em razão da citada decisão do STF, com o advento da Lei nº 12.865/2013; e ausência de prejuízo ao Erário, posto que a empresa é optante da apuração pelo lucro real e que, nesse caso, com a sistemática de não cumulatividade das contribuições em pauta: "ela acabará recolhendo menos PIS e COFINS na entrada da mercadoria importada, mas na saída recolherá mais".

Ao final, pede que seja conhecido e provido o recurso de forma a reformar da decisão de primeiro grau e anular ou julgar improcedente o auto de infração em pauta.

Foi-me distribuído o presente processo para relatar e pautar.

Registre-se que, na sessão de julgamento de 29 de março de 2017, patrono da contribuinte apresentou a esta Turma, cópia de Certidão emitida pela Justiça Federal, dirigida ao Inspetor da Alfândega da RFB no Porto de Vitória, dando conta do trânsito em julgado de acórdão, no referido processo judicial 2004.50.01.005206-0.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antonio Carlos da Costa Cavalcanti Filho, Relator.

O recurso voluntário apresentado é tempestivo e atende aos demais pressupostos de admissibilidade.

O acórdão de primeiro grau decidiu por não conhecer da impugnação, com base no que determina a Súmula nº 1 do Carf:

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.

Refere-se também ao Parecer Normativo (PN) Cosit nº 8/2014 (na verdade faço um reparo à referência do relator: trata-se do PN nº 7 e não nº 8) (sucessor do Ato Declaratório COSIT nº 03, de 14/02/1996), no qual fica determinado que:

A propositura pelo contribuinte de ação judicial de qualquer espécie contra a Fazenda Pública com o mesmo objeto do processo administrativo fiscal implica renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso de qualquer espécie interposto.

No seu voto, o relator do acórdão da Delegacia de Julgamento **bem afirma a coerência de tais determinações com o princípio da unicidade da jurisdição**, este embasado no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal de 1988: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". E assim deduz:

Na esfera administrativa, no campo do direito tributário, existe o processo administrativo tributário, que é o instrumento para pacificação de conflitos entre o fisco e o contribuinte. O processo administrativo tributário pode não ser a decisão definitiva da lide, em virtude do disposto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, podendo o contribuinte antes de uma decisão administrativa, ou mesmo depois dela, buscar a discussão da lide de caráter tributário na esfera judicial.

A atitude do contribuinte, de procurar o poder judiciário para a resolução de uma lide, cujo objeto está sendo discutido em um processo administrativo fiscal, tem como decorrência lógica o abortamento da instância administrativa e faz presumir a renúncia ao seu direito de ver apreciada a

mesma matéria na esfera administrativa, isto porque, a prerrogativa exclusiva da função jurisdicional de dirimir definitivamente os conflitos de interesse, faz que a decisão judicial prevaleça sobre a administrativa. Desta forma qualquer decisão administrativa contrária à decisão judicial não seria válida, tendo-se em vista o disposto no Inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, e a decisão seria nula.

Acrescente-se que o referido Parecer Normativo Cosit observa o **caráter de definitividade da renúncia às instâncias administrativas**, como se depreende dos enunciados abaixo:

A renúncia tácita às instâncias administrativas não impede que a Fazenda Pública dê prosseguimento normal a seus procedimentos, devendo proferir decisão formal, declaratória da definitividade da exigência discutida ou da decisão recorrida.

É irrelevante que o processo judicial tenha sido extinto sem resolução de mérito, na forma do art. 267 do CPC, pois a renúncia às instâncias administrativas, em decorrência da opção pela via judicial, é insuscetível de retratação.

A definitividade da renúncia às instâncias administrativas independe de o recurso administrativo ter sido interposto antes ou após o ajuizamento da ação.

A referida Súmula, bem como as determinações e a inteligência do citado Parecer Normativo Cosit não deixam dúvida sobre o acerto da decisão da Turma da DRJ: tendo o contribuinte proposto, em 2004, ação judicial, o MS nº 2004.50.01.005206-0, com o mesmo objeto do auto de infração em pauta; renunciou ele às instâncias administrativas, e o fez de forma definitiva; sendo incabível apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, da matéria coincidente, não havendo outra providência, a não se não conhecer do recurso voluntário.

Argumenta a recorrente pela inexistência de concomitância entre o processo administrativo e a ação judicial, por faltar identidade aos objetos de ambas. Diz que, como o auto de infração foi lavrado para prevenir decadência, deveria ficar sobrestado até o deslinde do MS. Informa que este MS "aguarda aplicabilidade do entendimento decorrente do Julgamento da Repercussão Geral (Recurso Extraordinário (RE) nº 559.937) já transitado em julgado, o qual também deve ser aplicado a presente demanda.

O que se verifica é que tal **argumentação de falta de identidade de objetos não demonstrou, de fato, quais seriam os objetos e porque seriam diferentes. Ainda que a peça autuatória tenha sido lavrada para prevenir decadência, seu objeto é o mesmo do citado MS**, conforme relato constante do acórdão de primeiro grau:

o crédito cobrado no auto de infração em análise refere-se à diferença das contribuições PIS e COFINS calculadas sobre duas bases distintas, ou seja o valor das contribuições sobre a base de cálculo prevista na Lei 10865/2004 menos o valor das contribuições somente com base no valor aduaneiro estipulado na medida liminar, que não incluiu na sua composição os valores do ICMS e das próprias contribuições.

O art. 62-A do Regimento Interno do Carf (Ricarf) de 2009, Portaria MF nº 256, disposição hoje constante no parágrafo 2º do art. 62 do Regimento de 2015, Portaria MF nº 343, determina que:

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973 - Código de Processo Civil (CPC), deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

De fato, a decisão no citado RE é definitiva de mérito e se enquadra na sistemática do art. 543-B do antigo CPC, matéria hoje disciplinada no art. 1.036 e seguintes do Novo Código. Ainda assim, **a questão decidida no STF é de mérito e a renúncia definitiva do contribuinte às instâncias administrativas, bem como a decisão deste voto pelo não conhecimento do recurso voluntário, impede que este órgão julgador profira julgamento a respeito.**

Ainda assevera o citado PN Cosit, "a decisão judicial transitada em julgado [...] prevalece sobre a decisão administrativa, mesmo quando aquela tenha sido desfavorável ao contribuinte e esta lhe tenha sido favorável". Ou seja, **se há uma ação judicial de mesmo objeto - e há, o MS nº 2004.50.01.005206-0, a discussão deve ser lá decidida.**

Decidiu o STF que ainda que haja declaração de inconstitucionalidade de sua parte, esta não altera de forma automática decisões judiciais anteriores em sentido diverso; não se dispensando a interposição de recurso ou ajuizamento de ação rescisória; o que demonstra a inviabilidade da aplicação automática do RE 559.937 ao auto de infração em foco, por haver ação judicial a ele associada:

Afirma-se, portanto, como tese de repercussão geral que a decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das sentenças anteriores que tenham adotado entendimento diferente; para que tal ocorra, será indispensável a interposição do recurso próprio ou, se for o caso, a propositura da ação rescisória própria, nos termos do art. 485, V, do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (CPC, art. 495) (STF, Sessão Plenária, RE 730.462, de 28.05.2015, rel. Min. Teori Zavascki).

Conclusão

Por todo o exposto, voto por não conhecer do recurso voluntário apresentado.

(ASSINADO DIGITALMENTE)

Antonio Carlos da Costa Cavalcanti Filho - Relator

