



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

Processo n° 12466.001429/2010-14
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3301-003.254 – 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: 01/07/2005 a 30/09/2005

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 11-41.384, proferido pela 6ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Recife, 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. 1142 a 1148), em parte:

A empresa importadora COTIA TRADING S/A submeteu a despacho aduaneiro de importação mercadorias indicadas nas declarações de importação especificadas com recolhimento das exações previstas no art.1º da Lei 10.865, de 30/04/04, com base unicamente no valor aduaneiro, sem considerar o valor do ICMS e o das próprias contribuições, agindo assim beneficiada por decisão liminar no Mandado de Segurança (AMS) nº 2004.50.01.0052060/ 2006. A liminar inicialmente concedida autorizara a interessada a recolher as Contribuições especificadas, incidentes na importação, mediante a aplicação das respectivas alíquotas exclusivamente sobre o valor aduaneiro das mercadorias, conforme pedira. Posteriormente essa liminar foi revogada por decisão da 1ª Vara Federal Cível publicada no D.O.E. em 16/10/2006 (ver extrato de fls. 1.099). No período transcorrido entre a data da concessão da liminar e a da sua revogação, a importadora (autora no MS), ora impugnante, registrou Declarações de Importação (DI) aplicando as alíquotas das contribuições sociais (PIS e COFINS) sobre base de cálculo reduzida, aproveitando os termos concedidos na liminar precária.

Informa-se nos presentes autos que o processo judicial se encontra em grau de apelação perante o TRF/2ª REGIÃO (vide fls.1.097/1.098). Em que pese a pendência de decisão judicial definitiva, a fiscalização decidiu lavrar o Auto de Infração (AI) objeto deste processo com o objetivo de constituir o crédito tributário, prevenindo-se assim a Fazenda Pública da decadência do crédito tributário pretendido. O AI abrange as DI's registradas no período de 01/07/2005 a 30/09/2005 na Alfândega do Porto de Vitória/ES. A base de cálculo utilizada para os lançamentos efetuados obedece ao disposto na Lei nº10.865/2004, art.7º, I, e IN/SRF 552/05.

Por meio de seus sistemas de controle a Receita Federal identificou as DI's registradas pela empresa COTIA TRADING entre julho e setembro de 2005. No AI constam os números das DI's e os créditos tributários a elas respectivamente relacionados (COFINS, fls.09/63vol. 1, e PIS, fls.442/496 – vol.3). O detalhamento dessas diferenças devidas está na planilha anexa (fls. 945/1.096). Para o cálculo do crédito tributário constituído com relação ao período especificado foram elaboradas as planilhas anexas, com base na Lei

nº 10.865/2004 e no disposto na Instrução Normativa (IN/SRF) nº 552/059 (ver fls.1.100/1.105). Constam às fls.03, no Demonstrativo Consolidado do Crédito Tributário objeto deste processo, os valores lançados título de PIS/PASEP – Importação, COFINS – Importação, multa de ofício de 75% sobre o tributo devido, bem como estão indicados os juros de mora incorridos até o mês da autuação, [...].

Cientificada dos lançamentos, a interessada protocolou tempestivamente impugnação cujo teor integral se encontra às fls.1.107/1.121, a seguir resumida nos seguintes termos:

1. A Impugnante é empresa que realiza operações de importação e exportação, por conta própria ou de terceiros, bem como comercializa produtos importados no mercado interno. As importações estão sujeitas à cobrança do PIS-Importação e COFINS-Importação.

2. Para sua surpresa foi autuada. A fiscalização entendeu que foram insuficientes os recolhimentos das referidas contribuições incidentes nas importações especificadas. Mas não houve qualquer infração fiscal, conforme será demonstrado.

3. Da violação da base de cálculo prevista na CF/88, art.149, III, a. As contribuições em comento estão disciplinadas na Lei 10.865/2004, artigos 1º e 7º. Há flagrante inconstitucionalidade no inciso I do art.7º dessa Lei, na medida em que estabelece base de cálculo dessas contribuições de forma incompatível com o ordenamento constitucional vigente, conforme os termos postos às fls.1.111/1.119. Em resumo, conforme a melhor doutrina e jurisprudência, observadas as prescrições do art.195, §4º c/c o art. 154, I, da CF/88, a criação de outras fontes de custeio da Seguridade Social somente seria possível se instituída por meio de Lei Complementar (LC).

4. É importante esclarecer que uma decisão favorável à ora Impugnante não causará qualquer prejuízo ao Erário. Que em vista da não cumulatividade aplicada ao PIS e à COFINS para empresas no lucro real, como é o caso, embora seja menor o recolhimento de PIS e COFINS na entrada da mercadoria importada, na saída haverá recolhimento maior porque sendo revendedora das mercadorias por ela importadas, e recolhendo o PIS-Importação e a COFINS-Importação sobre uma base de cálculo menor do que a pretendida pela Receita Federal, isto é, calculada apenas sobre o valor aduaneiro, nos exatos termos trazidos pelo art. VII do GATT/1994, somente poderá se creditar do montante efetivamente recolhido na importação para a posterior compensação com o débito inerente à saída das mercadorias importadas (venda/faturamento). Na saída da mercadoria terá que pagar PIS e COFINS sobre o faturamento, cujo valor total efetivamente pago pela empresa não será alterado (soma do valor pago na importação e do valor pago na revenda), seja a ora impugnante vencedora ou não.

5. Em resumo, (1º) a Lei 10.865/2004, art. 7º, I, fere frontalmente a CF/88, art.149, §2º, III, a e o art.110 do CTN, (2º) As contribuições incidentes na importação previstas naquela Lei são novas fontes de custeio da Seguridade Social, e sua instituição exige LC, e (3º) A Lei 10.865/2004, art. 7º, I, não respeita o conceito de valor aduaneiro previsto no art. 77 do Decreto 4.543/2002 (RA/2002), violando o art.110 do CTN.

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

Assunto: Normas de Administração Tributária

Período de apuração: 01/07/2005 a 30/09/2005

AÇÃO JUDICIAL DE MESMO OBJETO. NÃO SE CONHECE O

MÉRITO DA IMPUGNAÇÃO.

A pendência de ação judicial com o mesmo objeto do pedido administrativo impede o conhecimento e apreciação do mérito coincidente pela autoridade julgadora administrativa, a qual deverá curvar-se à decisão do Poder Judiciário que venha a transitar em julgado.

Impugnação Não Conhecida

Crédito Tributário Mantido

Inconformada com o não conhecimento da impugnação, a contribuinte interpôs recurso voluntário (fls. 1159 a 1183), 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, afirma 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 ata de julgamento de 04/04/2013. 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". Menciona o Parecer PGFN/CDA Nº 2025/2011 que vincularia a RFB às decisões dos tribunais superiores.

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; necessidade de lei complementar para instituir e dispor sobre as bases de cálculo das contribuições em foco; 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 o auto de infração em foco tenha seu trâmite sobrestado, enquanto se aguarda publicação da decisão do Supremo relativa à matéria e que caso assim não se entenda, pede que seja julgado improcedente/insubsistente o auto de infração.

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.

Há de se mencionar também o Parecer Normativo (PN) Cosit nº 7/2014 (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.

Tais assertivas estão em consonância 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".

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 de objetos entre o processo administrativo e a ação judicial. Observa que o MS objetiva a declaração de inconstitucionalidade e ilegalidade da base de cálculo da PIS/PASEP-Importação e da COFINS-Importação, como disposto na lei da época, ao passo que o auto de infração contempla operações de importação específicas. Diz que, como o auto de infração foi lavrado para prevenir decadência, deveria ficar sobrestado até o deslinde do MS.

Não prospera a argumentação da recorrente. Ainda que a peça autuatória tenha sido lavrada para prevenir decadência, o que se discute no auto de infração é justamente a diferença nas contribuições em função de suposta (agora confirmada) inconstitucionalidade das bases de cálculo das contribuições segundo a Lei nº 10.865/2004.

Se o lançamento se limita a determinadas operações, pode-se entender que, no que diz respeito a essas operações, o objeto é idêntico ao do citado MS. Ainda que não fosse esta a interpretação correta, o referido Parecer Normativo conclui que a propositura de ação judicial com objeto maior também enseja a renúncia às instâncias administrativas, ainda em consonância com o princípio da unicidade de jurisdição:

a propositura pelo contribuinte de ação judicial de qualquer espécie contra a Fazenda Pública, em qualquer momento, com o mesmo objeto (mesma causa de pedir e mesmo pedido) ou objeto maior, implica renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso de qualquer espécie interposto, exceto quando a adoção da via judicial tenha por escopo a correção de procedimentos adjetivos ou processuais da Administração Tributária, tais como questões sobre rito, prazo e competência;

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).

O Parecer PGFN/CDA Nº 2025/2011 de fato estabelece a vinculação RFB às decisões dos tribunais superiores, em determinadas circunstâncias; o que não se aplica ao caso

em pauta, pelos mesmos motivos expostos nos parágrafos anteriores; posta a definitividade da renúncia às instâncias administrativas; a prevalência da decisão judicial, quando do trânsito em julgado do MS citado, sobre a administrativa e a suprarreferida decisão do STF sobre efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

O sobrestamento da decisão administrativa, constante do pedido da recorrente, além de não encontrar previsão legal, também socobra diante da definitividade da renúncia às instâncias administrativas.

Conclusão

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

(ASSINADO DIGITALMENTE)

Antonio Carlos da Costa Cavalcanti Filho - Relator