



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

Processo nº 12709.000770/2008-20
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3302-003.651 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de fevereiro de 2017
Matéria PIS.COFINS-IMPORTAÇÃO
Recorrente CLINICA HOSPIT DE IMAGEM S JOSE LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 05/09/2008

NULIDADE. INEXISTÊNCIA

Demonstrada a descrição explícita no auto de infração quanto à motivação do lançamento e a base legal que dá suporte à autuação, torna-se incabível a nulidade arguida.

Restando constatada a motivação da decisão de piso quanto às teses suscitadas, não se vislumbra qualquer mácula na referida decisão, que enseje a declaração de nulidade..

AÇÃO JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA DE PEDIDO. RENÚNCIA À INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. DEFINITIVIDADE DA EXIGÊNCIA.

A opção pela via judicial quanto à incidência de alíquota zero sobre operações de importação alusivas a arrendamento mercantil de máquinas para uso na empresa arrendatária, importa renúncia à instância administrativa, tornando definitiva, nesta esfera, a discussão da matéria *sub judice*.

MATÉRIA DE NATUREZA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE . MATÉRIA SUMULADA NO CARF.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Recurso Voluntário Não Conhecido

Crédito Tributário Mantido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares de nulidade e, no mérito, não conhecer o recurso voluntário, em razão da renúncia à esfera administrativa, tornando-se definitivo o crédito tributário.

[assinado digitalmente]

Paulo Guilherme Déroulède - Presidente Substituto.

[assinado digitalmente]

Maria do Socorro Ferreira Aguiar - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Paulo Guilherme Déroulède, Maria do Socorro Ferreira Aguiar, Domingos de Sá Filho, Walker Araújo, José Fernandes do Nascimento, Sarah Maria Linhares de Araújo, Hécio Lafetá Reis e Lenisa Prado.

Ausente justificadamente o Conselheiro Ricardo Paulo Rosa.

Relatório

Por bem descrever os fatos ocorridos até o presente momento processual, os quais foram relatados de forma minudente, adoto o relatório da r. decisão recorrida, conforme a seguir transcrito:

Trata o presente processo de dois autos de infração de folhas 01-15, em que se procede à cobrança das contribuições sociais Cofins e Pis/Pasep incidentes na importação.

Alega a fiscalização que o importador efetuou o recolhimento das contribuições sociais sem a inclusão na base de cálculo do valor do ICMS e das próprias contribuições, tendo por amparo liminar em mandado de segurança. (grifei).

Informa a fiscalização que o crédito tributário se encontra suspenso por força de medida liminar concedida nos autos do processo nº 2008.70.00.016317-0. (grifei).

Intimada a empresa autuada (fl. 46), ingressou a mesma com a impugnação de fls. 49-79. Seguem as alegações da empresa.

Alega a nulidade do auto de infração em decorrência da proibição de instauração de procedimento fiscal em casos de suspensão da exigibilidade de tributos por força de decisão judicial, conforme artigo 62 do Decreto nº 70.235/1972. Solicita nulidade da autuação Solicita nulidade por imprecisa descrição dos fatos, conforme artigo 10, III, do Decreto nº 70.235/1972.

Solicita nulidade do auto de infração por litispendência com processo judicial.

Solicita sobrestamento do feito até decisão judicial final.

É necessária a apreciação da defesa sob pena de cerceamento de defesa.

Afirma não recusar à via administrativa.

O artigo 8º, § 14, da Lei nº 10.865/2004 reduziu a zero a alíquota referente a alugueis ou contraprestações de arrendamento mercantil de máquinas e equipamentos. Operações de arrendamento mercantil no mercado interno não são tributadas.

Alega a inconstitucionalidade da cobrança uma vez que instituição dos tributos deveria ser por lei complementar. Novamente, argüi inconstitucionalidade pelo fato de ser a mesma alíquota dos tributos para os contribuintes sujeitos ao regime da cumulatividade e o da não-cumulatividade. Eventual inconstitucionalidade do artigo 7º não permite que se corrija a base de cálculo.

Alega a inconstitucionalidade dos acréscimos à base de cálculo ICMS e valor das próprias contribuições.

Solicita a nulidade da autuação. Subsidiariamente solicita o sobrestamento do processo.

No mérito, solicita a improcedência da autuação fiscal e a inexigibilidade das contribuições sobre operações de arrendamento mercantil.

À folha 142, encaminhou-se o processo para julgamento e informou-se tempestividade da impugnação.(grifei).

É o relatório.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento sintetizou, na ementa a seguir transcrita, a decisão proferida.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 05/09/2008

PROCESSO JUDICIAL. IGUALDADE DE OBJETO *Importa em renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo contribuinte, a qualquer tempo, de qualquer modalidade de ação judicial contra a Fazenda Nacional com o mesmo objeto do processo administrativo.*

Lançamento Procedente

Assim, inconformada com a decisão de primeira instância, a empresa após ciência em 30/06/2009, conforme AR de fl. 164, apresenta em 28/07/2009, fl. 164/204, Recurso Voluntário a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, onde repisa os argumentos já apresentados em sede impugnatória, acrescentado ainda:

Que é nula a decisão, já que o acórdão recorrido, desconsiderando todas as provas e argumentos da Recorrente, que comprovam que o desembaraço aduaneiro se deu sob o amparo de autorização judicial, deixou de analisar a impugnação apresentada em todos os seus termos, ocasionando grave prejuízo;

Que não há renúncia à esfera administrativa, já que o Fisco lavrou o auto de infração e intimou a ora RECORRENTE para apresentação de defesa, sendo assim, é indispensável a apreciação da peça impugnatória em todos os seus termos, sob pena de "negativa de vigência ao art. 151, inciso III do CTN e ao artigo 5º, inciso LV da CF/88 (...) enquanto não julgada a defesa não é exigível o crédito (TFP —AC 31.084/SP)", e conseqüente nulidade da decisão, conforme entendimento deste Colendo Conselho. (...);

Destaca ainda que a alegação constante na d. decisão de que foi afastada a instância administrativa, não merece prosperar, pois as nulidades do auto de infração apontadas na Impugnação bem como neste recurso não constam do processo judicial;

Tampouco há que se falar em decisão definitiva na via administrativa já que inaplicável o Ato Declaratório Normativo Cosit nº 03/1996 por não se tratar de renúncia à via administrativa, uma vez que o Fisco lavrou o Auto de Infração, pelo contrário, há necessidade de apreciação das razões de Recurso, ora apresentadas, sob pena de ofensa ao princípio da ampla defesa e do contraditório, causando prejuízos ainda maiores, como por exemplo, a imediata execução do crédito tributário constituído, cuja exigibilidade já foi declarada inexigível pela Sentença, e aguarda o trânsito em julgado da decisão;

Em que pese a existência de medida judicial em trâmite, a análise dessas razões recursais em todos os seus termos é medida que se impõe.

Ao final requer:

a. que as preliminares argüidas pela RECORRENTE sejam acatadas e julgadas TOTALMENTE PROCEDENTES, reformando assim a decisão recorrida, e anulando, por consequência, o AUTO DE INFRAÇÃO;

b. em sendo mantido o auto de infração, o que não se espera considerando as evidentes nulidades, requer seja sobrestado o processo administrativo até o trânsito em julgado da decisão judicial;

c. no entanto, caso este Colendo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais entenda pela impossibilidade de sobrestar o processo administrativo em tela, que sejam apreciadas as razões recursais, sob pena d direito de cerceamento de defesa, devendo, ser totalmente reformado o v Acórdão recorrido, para ao final ser reconhecida a inexigibilidade do PIS/COFINS Importação sobre a operação de arrendamento mercantil em tela, por todas as irregularidades, inconstitucionalidades e ilegalidades demonstradas ao longo deste processo administrativo;

É o relatório.

Voto

Conselheira Maria do Socorro Ferreira Aguiar, Relatora:

PRELIMINARES

Dos requisitos de admissibilidade

O Recurso Voluntário é tempestivo, trata de matéria da competência deste Colegiado e atende aos pressupostos legais de admissibilidade, portanto, deve ser conhecido.

Conforme relatado, a matéria nuclear do processo que ora se examina está sendo discutida judicialmente, visto que a Recorrente através de ação em Mandado de Segurança obteve a concessão da segurança determinando a inexigibilidade do PIS/COFINS - Importação, no arrendamento mercantil internacional dos equipamentos médicos descritos na respectiva declaração de importação.

Argui o Recorrente algumas preliminares, tais como:

1) nulidade do auto de infração: i) por inexistência de infração que justifique a expedição do auto, logo há carência de objeto; ii) por desrespeito a expressa determinação legal, já que é explícita a proibição de instauração de procedimento fiscal em casos de suspensão da exigibilidade de tributos por força de decisão judicial, conforme consta no Decreto 70.235/72, em seu artigo 62; iii) por imprecisa descrição dos fatos, art. 10, inciso III, do Decreto 70.235/72, ensejando cerceamento de defesa; iv) por ausência de indicação específica do dispositivo infringido, art. 10, inciso IV, do Decreto 70.235/72, ensejando também cerceamento de defesa; v) por litispendência/concomitância do processo administrativo com o processo judicial.

2) nulidade da decisão de piso por omissão nas razões decisórias quanto aos fatos alegados na impugnação;

3) Inconstitucionalidade da Lei n.º 10.865, de 2004;

4) Sobrestamento do processo até decisão judicial final.

Analisar-se-á a seguir as preliminares acima destacadas em função da matéria e não propriamente pela sequência arguida.

DA INEXISTÊNCIA DE NULIDADE

Do atendimento à norma legal

Esclarecem os Autos de Infração de fls.04/16 que tratam da exigência das Contribuições Sociais da Cofins e Pis/Pasep incidentes na importação:

Nos despachos de importação correspondentes às DI's no: 08/1394216-5 Houve insuficiência no recolhimento das contribuições, descumprindo-se a priori a base de cálculo da Lei no 10.865/2004, art. 7º: A base de cálculo será: I - o valor aduaneiro, assim entendido, para os efeitos desta Lei, o valor que servir ou que serviria de base para o cálculo do imposto de importação, acrescido do valor do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação. Com efeito, a base de cálculo considerada e declarada pelo importador não incluiu o ICMS da operação ; o valor das próprias contribuições, tendo por amparo provimento liminar em demanda judicial que consideraria os acréscimos inconstitucionais.

Assim, Para prevenir a decadência de crédito suspenso, por força de liminar, nos autos do MS no 2008.70.00.016310 / PR, e nos termos do que dispõe o art. 151 do CTN, fica constituído o lançamento a seguir:(grifei).

Verifica-se da Sentença de fls.151/152:

A importação de bens por meio de contrato de arrendamento mercantil não se subsume à hipótese do art. 3º, inciso I, da norma acima transcrita, uma vez que não pode ser caracterizada como entrada definitiva de bens. Com efeito, a própria natureza do contrato em comento implica a possibilidade contratual de devolução do bem ao seu proprietário no exterior, de forma que a internalização de bens nessas circunstâncias reveste-se do caráter de precariedade.

Dessa forma, a incidência das exações questionadas nesses autos encontraria assento no inciso II do art. 3º da Lei nº 10.865/2004. No entanto, o § 14 do art. 8º da mesma norma prevê a incidência de alíquota zero sobre "o valor pago, creditado, entregue, empregado ou remetido à pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior, referente a aluguéis e contraprestações de arrendamento mercantil de máquinas e equipamentos, embarcações e aeronaves utilizados na atividade da empresa".

*Os documentos acostados às fls. 62/87 dão conta de que, de fato, o equipamento é objeto de contrato de arrendamento mercantil (fls. 60/77) e o contrato social da impetrante (fl. 53) demonstra que dito equipamento será utilizado nas atividades desenvolvidas pela empresa. Dessa forma, **entendo que a hipótese dos autos subsume-se à regra isentiva estatuída na lei, de forma que a cobrança das exações em questão somente serão devidas no caso de internalização definitiva, ou seja, ao final do contrato de arrendamento.***

Por outro lado, o periculum in mora mostra-se presente em função da fragilidade do equipamento objeto de importação, que necessitaria de armazenamento especial que não é oferecido nos depósitos aduaneiros.

*3. Ante o exposto, **defiro a liminar pleiteada para o fim de determinar ao impetrado que abstenha de exigir da impetrante as contribuições para o PIS e COFINS relativas à importação menciona na inicial, devendo concluir o desembaraço aduaneiro sem o respectivo recolhimento, mediante lavratura p Secretaria desta Vara de termo de fiel depositário do bem, a ser assinado pelo representante legal/ impetrante.***"(grifei).

Mantenho o entendimento supra como fundamento para a concessão da segurança.

3. DISPOSITIVO Ante o exposto, ratifico o teor da liminar e concedo a segurança, para o fim de determinar ao impetrado que se abstenha de exigir da impetrante as contribuições para o PIS e COFINS relativas à importação mencionada na inicial, mantendo os efeitos do termo de caução firmado pela parte impetrai4e até o trânsito em julgado desta sentença.

Pelo teor da sentença nos autos do Mandado de Segurança n.º 2008.70.00.016310/PR, pode-se inferir que toda a matéria fática, juridicamente interpretada pela fiscalização, que culminou com a formalização do lançamento para a cobrança da Cofins-importação e Pis/Pasep-importação, foi submetida ao crivo do Poder Judiciário, **cujo objeto da referida ação** (incidência de alíquota zero sobre operações de importação alusivas a arrendamento mercantil de máquinas para uso na empresa arrendatária, bem como a inconstitucionalidade da Lei n.º 10.865, de 2004 nos aspectos aduzidos na petição inicial é o mesmo do qual se insurge o contribuinte, na via administrativa, desde a peça inaugural do litígio que é a impugnação, bem como na peça recursal.

Com efeito, dispõe o art. 63 da Lei nº 9.430, de 1996, vigente à época dos fatos:

Débitos com Exigibilidade Suspensa

Art.63. Na constituição de crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributo de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma dos incisos IV e V do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, não caberá lançamento de multa de ofício. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001).

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, exclusivamente, aos casos em que a suspensão da exigibilidade do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo. (grifei)

(...).

Vê-se portanto que os Autos de Infração de fls.04/16 foram formalizados em consonância com as disposições legais acima transcritas, logo estando demonstrado pela fiscalização a tipicidade no caso em análise, por força da vinculação de seus atos, em observância ao princípio da estrita legalidade, efetuou o lançamento das referidas contribuições, para prevenir a decadência, *ex vi* do parágrafo único do art. 142 do CTN, não merecendo assim, reparos o feito fiscal.

Da descrição dos fatos

Não prospera a preliminar de nulidade suscitada pela Recorrente quanto a ausência de norma legal que tipifique a conduta infracional bem como a ausência de motivação, haja vista a indicação expressa, na peça exordial, conforme Autos de Infração de fls.04/16 e Descrição dos Fatos, fls. 06 e 12 referentes ao Pis/Pasep-Importação e Cofins-Importação, do enquadramento legal específico da exação, nele incluída a disposição legal que tipifica a infração, acompanhada de explícita descrição dos fatos que ensejaram a exigência do crédito tributário ora em lide, *ex vi* dos incisos III e IV do art. 10 do Decreto nº 70.235, de 1972 e artigos 2º e 50, § 1º, da Lei nº 9.784, de 1999.

Ressalte-se que a ciência do contribuinte, nos termos do art. 23 do Decreto nº 70.235, de 1972, constitui pressuposto de validade do auto de infração, sem a qual não se estabelece a relação processual.

No presente caso o impugnante foi regularmente cientificado, via postal, conforme Aviso de Recebimento (AR) à fl. 48, o que lhe oportunizou o exercício do

contraditório e da ampla defesa, princípios constitucionais, corolários do devido processo legal, que possibilitam ao interessado arguir suas razões de defesa bem como lhe facultam a contraprova, por todos os meios de prova admitidos em direito, *ex vi* do art. 16 do Decreto nº 70.235, de 1972, comparecendo aos autos com alentada peça de defesa, que demonstra que a autuada apreendeu perfeitamente a situação fática emoldurada no auto de infração, tanto que além de impugnar de forma precisa vários aspectos que entendeu cabíveis, demonstrou perfeito conhecimento da legislação aplicável aos fatos, trazendo inclusive argumentos subsidiários aos argumentos principais esposados na peça de defesa.

Rejeita-se portanto a preliminar de cerceamento do direito de defesa quanto a matéria acima analisada.

Da litispendência/concomitância do processo administrativo com o processo judicial

O instituto da litispendência, quando se reproduz ação idêntica a outra que já está em curso, segundo o artigo 337, § 1º do Código de Processo Civil - CPC não se aplica ao caso, haja vista que se tratam de processos submetidos a distintas vias, administrativa e judicial, logo submetidos a órgãos julgadores igualmente distintos.

Infere-se de todo o exposto que a peça vestibular do presente feito reveste-se de todas as garantias processuais para a constituição do crédito tributário, uma vez que foram atendidas todas as solenidades exigidas na norma instrumental, Decreto nº 70.235, de 1972, nos termos dos arts. 9º c/c art. 10, em face do descumprimento de dispositivos expressos na legislação substancial, como já ressaltado, estando portanto o lançamento constituído de acordo com o ¹art. 142 do CTN, não havendo quaisquer dos vícios que poderiam retirar-lhe a validade.

Da inexistência de omissão na decisão de piso

À época da decisão da instância *a quo* vigia o Ato Declaratório Normativo (ADN) Cosit nº 03/1996, *in verbis*:

O COORDENADOR-GERAL DO SISTEMA DE TRIBUTAÇÃO, no uso da atribuição que lhe confere o art. 147, item III, do regimento interno da Secretaria da Receita Federal, aprovado pela Portaria do Ministro da Fazenda nº 606, de 03 de setembro de 1992, e tendo em vista o Parecer COSIT nº 27/96.

DECLARA, em caráter normativo, às Superintendências Regionais da Receita Federal, às Delegacias da Receita Federal de Julgamento e aos demais interessados, que:

a) 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, ou desistência de eventual recurso interposto ;

b) conseqüentemente, quando diferentes os objetos do processo judicial e do processo administrativo, este terá prosseguimento

¹ Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

normal no que se relaciona à matéria diferenciada (p.ex., aspectos formais do lançamento, base de cálculo etc.); (grifei).

c) no caso da letra "a", a autoridade dirigente do órgão onde se encontra o processo não conhecerá de eventual petição do contribuinte, proferindo decisão formal, declaratória da definitividade da exigência discutida ou da decisão recorrida, se for o caso, encaminhando o processo para a cobrança do débito, ressalvada a eventual aplicação do disposto no art. 149 do CIN;

d) na hipótese da alínea anterior, não se verificando a ressalva ali contida, proceder-se-á a inscrição em dívida ativa, deixando-se de fazê-lo, para aguardar o pronunciamento judicial, somente quando demonstrada a ocorrência do disposto nos incisos II (depósito do montante integral do débito) ou IV (concessão de medida liminar em mandado de segurança), do art. 151, do CTN;

e) é irrelevante, na espécie, que o processo tenha sido extinto, no Judiciário, sem julgamento do mérito (art. 267 do CPC).

Veja-se então como fundamentou a decisão de piso as questões suscitadas:

O objeto do presente é o auto de infração de exigência de Pis/Pasep Cofins incidentes na importação de produto estrangeiro.

Como informado pelas partes e constatado à folha 39, a ação judicial de mandado de segurança tem o mesmo objeto do presente auto de infração, uma vez que exigência das contribuições sociais já está sendo discutida no Judiciário.

(...)

Logo, foi afastada da instância administrativa a questão da constitucionalidade e legalidade das citadas contribuições sociais uma vez que já é a mesma discutida na última instância: a judicial.

Não há sentido em se analisar uma questão que já foi posta à apreciação do Poder Judiciário, que é quem cabe a última palavra em análise de conflitos.

Os argumentos acerca da procedência ou não da exigência são objeto de discussão judicial e, portanto, não podem ser discutidos na instância administrativa. (grifos do original);

Não há nenhuma previsão legal para "lançamento judicial", nem legislação no sentido de que a discussão judicial substitui o lançamento ou interrompa a decadência. Pelo contrário, ocorreram muitos casos em que, quando a decisão judicial transitou em julgado a favor da Fazenda Nacional, o crédito tributário já estava decaído por falta de lançamento (ato administrativo privativo do Auditor Fiscal), daí a orientação interna da SRF no sentido de que a autoridade fiscal sempre efetue o lançamento preventivo da decadência quando o

contribuinte toma a iniciativa de discutir o crédito tributário na Justiça.

Nenhuma violação à lei, ou ao Poder Judiciário ocorreu no caso porque, como já vimos, a constituição do crédito tributário pelo lançamento, isoladamente, não é definitiva.

Além disso, vários dos argumentos da impugnante pressupõem declaração de inconstitucionalidade de Lei.

Em sede de julgamento administrativo fiscal não se pode afastar a aplicação da lei e mesmo da legislação em geral por motivos de ilegalidade e inconstitucionalidade. Esse entendimento está há muito tempo consagrado no âmbito de tribunais administrativos, conforme ementas transcritas a seguir:

(...)

Apesar do termo litispendência ser impróprio por não haver dois processos judiciais, e sim um processo judicial e outro administrativo, aplica-se justamente o ADN Cosit nº 03/1996 a fim de se evitar decisões conflitante entre a Administração e Judiciário.

Alega a empresa que a invalidade do auto de infração uma vez que o crédito tributário se encontra suspenso e ainda porque o tributo está devidamente recolhido.

Alega também que, uma vez que as quantias estão sub judice, não é viável a sua cobrança administrativa. (grifei).

Acerca de tal argumento, deve-se lembrar que o presente processo é mera constituição do crédito tributário com a finalidade de se prevenir a decadência e não uma exigência do valor em questão.(grifos do original).

Quanto à possibilidade e a necessidade de formalização da exigência pelo lançamento nos casos em que o crédito tributário está sendo discutido em juízo ou até mesmo suspenso, existe pacificada jurisprudência no STJ. Transcrevem-se trechos de um dos numerosos acórdãos a respeito, in verbis: (grifei)

(...)

A fiscalização na unidade de origem apenas procedeu ao lançamento para prevenção da decadência. Não houve exigência dos tributos, sendo que a unidade de origem observa à folha 02 que o crédito tributário está com a exigibilidade suspensa por força de liminar em mandado de segurança.

Logo, improcede o argumento de invalidade do ato administrativo do lançamento para prevenção de decadência.

Os fatos estão bem descritos. A fiscalização informa que os créditos tributários lançados para prevenção da decadência se referem à DI nº 08/1394216-5, sendo que a questão do processo é a exclusão de parcelas da base de cálculo das contribuições sociais procedida pela impugnante. Informa a fiscalização que a matéria é objeto de processo judicial.(grifei).

Não há ofensa ao artigo 10 do Decreto nº 70.235/1972.

Não há previsão de sobrestamento do processo administrativo em razão de propositura de ação judicial. Pelo contrário, o que há é a ordem de encerramento do feito em caso de concordância de objetos entre o processo administrativo e o judicial.

A empresa alega que não há renúncia do processo administrativo. A própria premissa da alegação ilógica. Se há uma decisão judicial acerca da mesma matéria, não há sentido em haver julgamento administrativo da mesma questão, uma vez que já haveria pronunciamento do direito aplicável por quem detém o poder de dirimir conflito entre as partes: o Poder Judiciário.

*Por todo o exposto, voto no sentido de **NÃO CONHECER** a impugnação no tocante à exigência dos tributos e declarar definitiva, na esfera administrativa, a exigência fiscal das contribuições sociais Pis/Pasep e Cofins incidentes na importação, em virtude de ser objeto de processo judicial, nos termos do ADN Cosit nº 03, de 14 de fevereiro de 1996. (grifo do original).*

*No tocante às preliminares relativas à nulidade do lançamento e à impossibilidade de constituição do crédito tributário, considero **PROCEDENTES** os lançamentos. (grifo do original).*

Pelos motivos expostos neste voto, não se deve conhecer a impugnação quanto à matéria discutida no âmbito do Poder Judiciário cuja decisão acerca da exigibilidade do crédito tributário será integralmente cumprida e não acatar as preliminares argüidas.

Constata-se dos excertos acima transcritos, que não há reparos na decisão de piso, que em observância ao Ato Declaratório Normativo (ADN) Cosit nº 03, de 1996, notadamente a alínea "b", ao identificar a matéria objeto da ação judicial, destacou fundamentadamente a concomitância e a consequente renúncia às instâncias administrativas quanto à parte meritória, bem como analisou expressamente todas as preliminares suscitadas na impugnação.

Ante as considerações acima não se vislumbra qualquer mácula na referida decisão, que enseje a declaração de nulidade, visto que além da observância da norma processual específica, Decreto nº 70.235, de 1972, as normas emanadas dos princípios constitucionais invocados foram plenamente asseguradas, de modo que rejeito a preliminar de nulidade suscitada pela ora Recorrente em seu Recurso Voluntário.

Ademais, cabe ressaltar que as hipóteses de nulidade estão prescritas no ²art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972, não se vislumbrando qualquer vício, seja nos autos de

² Art. 59. São nulos:

I—os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II—os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

infração vergastados ou decisão recorrida que possam ensejar a declaração de nulidade em razão da linha defendida pela Recorrente.

DA ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Quanto às arguições de inconstitucionalidade da Lei n.º 10.865, de 2004: i) a instituição dos tributos deveria ser por lei complementar; ii) pelo fato de ser a mesma alíquota dos tributos para os contribuintes sujeitos ao regime da cumulatividade e o da não-cumulatividade. Eventual inconstitucionalidade do artigo 7º não permite que se corrija a base de cálculo; iii) inconstitucionalidade dos acréscimos à base de cálculo ICMS e valor das próprias contribuições, matéria em essência de natureza constitucional, de competência decisória exclusiva do Poder Judiciário, cabe ressaltar que o art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 1972, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009, à exceção do disposto em seu § 6º, vedou expressamente aos órgãos de julgamento, no âmbito do processo administrativo fiscal, afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade, *in verbis*:

Decreto nº 70.235, de 1972:

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

(...)

§ 6.º. O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I—que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal;

II—que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar n.º 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Todo o parágrafo 6.º incluído pelo art. 25 da Lei nº 11.941, de 2009).

Na esteira das referidas disposições legais o Regimento Interno deste E. Conselho prevê em seu artigo ³62 que é vedado aos membros das turmas de julgamento do

³ Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

§ 1º O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Redação dada pela Portaria MF nº 39, de 2016)

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 103-A da Constituição Federal;

b) Decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento realizado nos termos dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº

CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade, exceto nas hipóteses previstas no § 1º do mencionado dispositivo regimental.

Não se enquadrando o caso em exame em qualquer das hipóteses excepcionadas, aplica-se como fundamento decisório sobre essa matéria a Súmula CARF nº 2.

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Note-se que as matérias de arguição de inconstitucionalidade que também estão sob a tutela judicial, ainda que não estivessem, não poderiam ser objeto de apreciação na via administrativa, conforme acima demonstrado.

DO SOBRESTAMENTO

De relevo assinalar que a tramitação do processo administrativo fiscal nas instâncias que formam o contencioso administrativo federal está disciplinada nas normas de regência, seja na principal norma que trata do Processo Administrativo Fiscal – PAF, que no âmbito federal é o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, com alterações posteriores e normas complementares, seja na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que estabelece normas gerais sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal, conforme estabelece seu artigo 69⁴, de aplicação subsidiária ao Decreto nº 70.235, de 1972 e no caso que ora se examina, em segunda instância administrativa, também às normas do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015 e respectivas alterações posteriores, no entanto nas citadas normas não há previsão para o sobrestamento arguido, de forma que se indefere o sobrestamento tal como formulado, visto que não há previsão na legislação, outrossim, há expressa previsão na alínea "e" da conclusão do Parecer Normativo Cosit/RFB nº 07, de 22 de agosto de 2014, quanto ao prosseguimento normal do processo.

DOS EFEITOS DA CONCOMITÂNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVA E JUDICIAL

Estando demonstrado acima que no caso em exame há concomitância de pedidos nas duas instâncias administrativa e judicial, discorre-se a seguir sobre os efeitos e consequências no presente processo administrativo da cobrança do crédito tributário formalizado.

Ressalte-se que, pela sistemática constitucional tem-se que o princípio da unicidade de jurisdição, previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, confere

13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, na forma disciplinada pela Administração Tributária; (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)

c) Dispensa legal de constituição ou Ato Declaratório da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda, nos termos dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

d) Parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, nos termos dos arts. 40 e 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; e e) Súmula da Advocacia-Geral da União, nos termos do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1973.

e) Súmula da Advocacia-Geral da União, nos termos do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993. (Redação dada pela Portaria MF nº 39, de 2016)

⁴ Art. 69. Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.

exclusividade ao Poder Judiciário para a prestação jurisdicional (“a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito”), estabelecendo, deste modo, uma importante regra limitadora do processo administrativo, qual seja a de que as decisões administrativas não são definitivas e seu cumprimento depende de sua não invalidação por algum provimento judicial.

Com efeito, a matéria objeto do processo administrativo pode, a qualquer tempo (antes, durante ou depois do processo administrativo), ser levada à apreciação do Poder Judiciário.

Assim, em consequência da regra contida no art. 5º, XXXV, referenciado, o ato administrativo está sujeito ao controle do Poder Judiciário, por ser este último, em relação ao primeiro, instância superior e autônoma. Superior porque pode rever, para cassar ou anular, o ato administrativo; autônoma, porque a parte não está obrigada a percorrer, antes, as instâncias administrativas, para ingressar em juízo.

Assim, do ponto de vista jurídico, a propositura pelo contribuinte, de ação judicial, amparado pela garantia constitucional da inafastabilidade do controle judicial, contra a Fazenda, por qualquer modalidade processual, antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa renúncia às instâncias administrativas, em face da concomitância dos pedidos.

Essa questão está disciplinada nos seguintes dispositivos normativos: art. 62, parágrafo único, do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972; art. 1º, § 2º, do Decreto-lei nº 1.737/79; art. 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830, de 20 de setembro de 1980 e art. 87 do Decreto nº 7574, de 29 de setembro de 2011.

Cabe destacar que atualmente a matéria está normatizada pelo Parecer Normativo Cosit/RFB nº 07, de 22 de agosto de 2014, *in litteris*:

Conclusão

21. Por todo o exposto, conclui-se que:

a) 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; (grifei)

b) por conseguinte, quando diferentes os objetos do processo judicial e do processo administrativo, este terá prosseguimento normal no que concerne à matéria distinta; (grifei)

c) a renúncia às instâncias administrativas abrange os processos de constituição de crédito tributário, de reconhecimento de direito creditório do contribuinte (restituição, ressarcimento e compensação), de aplicação de pena de perdimento e qualquer outro processo que envolva a aplicação da legislação tributária ou aduaneira;

d) a decisão judicial transitada em julgado, seja esta anterior ou posterior ao término do contencioso administrativo, prevalece sobre a decisão administrativa, mesmo quando aquela tenha sido desfavorável ao contribuinte e esta lhe tenha sido favorável;

*e) a renúncia às instâncias administrativas não impede que a Fazenda Pública dê prosseguimento normal aos seus procedimentos, a despeito do ingresso do sujeito passivo em juízo; **proferirá, assim, decisão formal, declaratória da definitividade da exigência discutida ou da decisão recorrida, e deixará de apreciar suas razões e de conhecer de eventual petição por ele apresentada, encaminhando o processo para a inscrição em DAU do débito**, quando existente, salvo a ocorrência de hipótese que suspenda a exigibilidade do crédito tributário, nos termos dos incisos II, IV e V do art. 151 do CTN; (grifei)*

f) o mesmo raciocínio se aplica, no que couber, aos processos administrativos em que não se discuta a exigibilidade do crédito tributário lançado de ofício, mas envolvam quaisquer outras matérias de interesse do sujeito passivo, que ele opte por submeter ao exame do Poder Judiciário (nestes casos, de igual modo, o curso do processo administrativo não será suspenso, ressalvada decisão judicial incidental determinando sua suspensão);

g) a competência para declarar a concomitância de instâncias e seus efeitos é da autoridade competente para decidir sobre a matéria na fase processual em que se encontra o processo administrativo, qualquer que seja o rito a que esteja submetido;

h) se, no ato da impugnação do lançamento, da manifestação de inconformidade ou da interposição de qualquer espécie de recurso, o interessado não informar que a matéria impugnada foi submetida à apreciação judicial, em desobediência ao disposto no inciso V do art. 16 do Decreto nº 70.235, de 1972, e ficar constatada a concomitância total ou parcial com processo judicial, deverá o Delegado ou o Inspetor-Chefe da RFB negar o seguimento da impugnação ou da manifestação quanto ao objeto coincidente;

i) é irrelevante, na espécie, 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 definitiva, insuscetível de retratação;

*j) a definitividade da renúncia às instâncias administrativas independe de o recurso administrativo **ter sido interposto antes ou após o ajuizamento da ação**; (grifei)*

Assim, verifica-se dos atos acima citados que **os efeitos da concomitância** entre as instâncias administrativa e judicial, quando a pretensão na ação judicial tenha objeto idêntico ao do recurso administrativo, **são a definitividade do crédito tributário, através de decisão formal, declaratória da definitividade da exigência discutida ou da decisão recorrida**, pela autoridade competente para decidir a matéria na fase processual em que se

encontra o processo e a impossibilidade de se conhecer de eventual recurso apresentado, prosseguindo o processo administrativo, (exceto na hipótese de mandado de segurança ou medida liminar, específico), até a inscrição da Dívida Ativa da União, pois mesmo quando haja medida judicial que suspenda ou impeça essa cobrança, a suspensão é quanto aos atos executórios e não da emissão do título executório.

Conforme fundamentos acima discorridos, constatada a identidade de pedidos, a opção pela via judicial, importa em renúncia às instâncias administrativas ou desistência de recurso formulado.

No caso dos autos, no que se refere à matéria objeto de demanda judicial, (incidência de alíquota zero sobre operações de importação alusivas a arrendamento mercantil de máquinas para uso na empresa arrendatária) tornou-se definitivo e insuscetível de discussão na esfera administrativa. Porém **a renúncia em tela não tem o condão de tornar nulo o ato, tampouco suspender o curso do processo administrativo, podendo tão somente sobrestá-lo quanto aos atos executórios** até pronunciamento final da justiça.

O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) já sumulou a questão, nos seguintes termos:

"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".

Ante o exposto, VOTO POR CONHECER PARCIALMENTE O RECURSO VOLUNTÁRIO:

I) NA PARTE CONHECIDA rejeitar as preliminares suscitadas na peça recursal;

II) NA PARTE NÃO CONHECIDA, DECLARAR DEFINITIVO na esfera administrativa o crédito tributário formalizado referente às Contribuições Sociais da Cofins e Pis/Pasep incidentes na importação, cuja análise meritória está submetida ao crivo do Poder Judiciário.

[Assinado digitalmente]
Maria do Socorro Ferreira Aguiar