



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

Processo nº 13884.001417/2005-56
Recurso nº 141.369 Voluntário
Acórdão nº 3802-00.143 – 2ª Turma Especial
Sessão de 01 de fevereiro de 2010
Matéria IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO
Recorrente FUNDAÇÃO JOÃO PAULO II
Recorrida DRJ-SÃO PAULO/SP

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 03/03/2005

IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS E IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. DISCUSSÃO SOBRE A LEGALIDADE DA COBRANÇA NAS VIAS ADMINISTRATIVA E JUDICIAL POR DIFERENTES TESES. INEXISTÊNCIA DE RENÚNCIA À ESFERA ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE NULIDADE DA DECISÃO RECORRIDA POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. RECURSO PROVIDO.

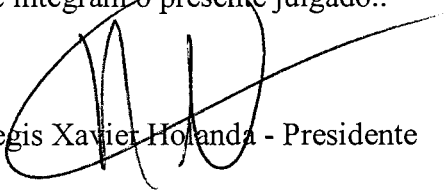
Inexiste nulidade na decisão recorrida, com base na alegada falta de fundamentação, pois da sua leitura infere-se com clareza as razões que motivaram o julgamento improcedente da impugnação.

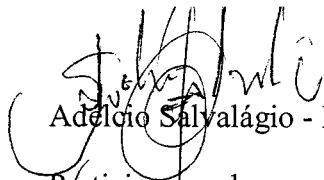
A concomitância de processos nas vias administrativa e judicial não importa, automaticamente, em desistência do recurso administrativo. Para tanto, faz-se necessária a perfeita identidade de objeto e matéria (teses) em ambas as esferas, o que não se verifica neste caso concreto.

Recurso voluntário a que se dá provimento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade de votos, anular o processo a partir da decisão recorrida, inclusive para que outra seja proferida, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado..


Regis Xavier Holanda - Presidente



Adécio Salvalágio - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Regis Xavier Holanda, Maria de Fátima Oliveira Silva, Adécio Salvalágio e Marco Antonio Perdigão (Suplente). Ausente o Conselheiro Luis Alberto Pinheiro Gomes e Alcoforado. Ausente temporariamente o Conselheiro Alex Oliveira Rodrigues de Lima.

Relatório

Cuida-se de processo administrativo instaurado por *Fundação João Paulo II*, originados a partir dos autos de infração de fls. 1-23.

Para melhor contextualizar os fatos, considerando que o relato do órgão julgador de primeira instância traça adequado histórico, transcrevendo-o *ipsis literis* (fls. 196):

“Tratam estes autos de infração, fls. 01/23, lavrados contra a empresa acima qualificada, para exigência do crédito tributário relativo ao Imposto de Importação, Imposto sobre Produtos Industrializados, PIS, COFINS, Multas de Ofício e Juros de Mora, pelos fatos a seguir expostos.

O contribuinte promoveu a importação de mercadorias e processou o despacho aduaneiro pela Declaração de Importação nº 05/0220405-7, registrada em 03/03/2005, fls. 24/29, sem o pagamento do crédito tributário referente aqueles tributos, por entender que as mercadorias importadas usufruíam da imunidade tributária constitucional, buscando para tanto o amparo judicial mediante a impetração de mandado de segurança preventivo.

Não tendo sido localizado no processo a cópia da decisão judicial concessiva da liminar em mandado de segurança, o julgamento foi convertido em diligência. (art. 29 da Lei nº 9.748/99 e art. 18 do Decreto nº 70.235/72), retornando a unidade autuante para juntada da referida decisão.

A diligência foi atendida. Às fls. 173/196, foi juntada cópia a cópia da petição inicial do impetrante, e, as fls. 197/203, cópia da decisão judicial concessiva da liminar onde consta a suspensão da exigibilidade do pagamento dos tributos, por ocasião do desembaraço aduaneiro.”

Apreciando a denominada impugnação de fls. 44-65, a 1ª Turma da DRJ de São Paulo/SP, através do acórdão de fls. 212-5, deu-lhe parcial provimento apenas para afastar a multa de ofício, não a conhecendo no restante por suposta concomitância entre processo administrativo e judicial. Para o órgão de julgamento *a quo*, “*não se toma conhecimento da impugnação ao auto de infração cuja matéria tem o mesmo objeto da ação judicial*” (fl. 212).

Deste acórdão, a recorrente foi intimada nos termos do documento de fls. 218 e ss.

Insatisfeita, apresentou o recurso voluntário de fls. 221-251.

Sustenta, Preliminarmente:

(i) nulidade do acórdão da instância *a quo*, por ausência de fundamentação e motivação;

(ii) inocorrência de renúncia da via administrativa, porquanto no escopo do Mandado de Segurança por ela ajuizado, cuja petição inicial se acha nas fls. 173-196, que

tramitou na 3ª Vara Federal da Seção Judiciária de São José dos Campos (fls. 197-210-v), não se inserem os fatos e/ou pedidos do presente recurso, ou seja, versariam sobre matérias diversas (fls. 230 e ss.); segundo a recorrente, o art. 38, da L. 6.830/80 é inaplicável ao caso, pois “*apenas as ações que efetivamente discutam uma dívida ativa é que produzem o efeito disposto no parágrafo único*” (fl. 231) do mencionado dispositivo. Ou ainda, “*apenas as ações contra créditos tributários (que são aqueles já definitivamente constituídos) e inscritos em Dívida Ativa, é que importam em renúncia da fase contenciosa administrativa*” (fl. 231).

no *mérito*, defende:

(i) a inexigibilidade do tributo com base da *isenção*, ressaltando que não invoca a tese da imunidade constitucional, “*eis que já debatida no Mandado de Segurança proposto*” (fls. 236 e ss);

(ii) “PIS/PASEP-importação e COFINS-importação. As ilegalidades que permeiam sobre a exigência dessas contribuições” (fls. 241 e ss)

(iii) ilegalidade da taxa selic aplicada na correção do débito tributário (fls. 249.

Finaliza, pedindo (fls. 250-1): (i) decreto de nulidade do “*acórdão de fls. 212-215 eis que maculado por vício insanável, consistente na falta de motivação*”, retornando-se os autos à instância *a quo* para novo julgamento; OU SUBSIDIARIAMENTE pede (ii) a reforma do acórdão recorrido “*para o fim de afastar a aplicação do parágrafo único do artigo 38 da Lei 6.830/80 ao presente caso e determinar a descida dos autos à 1ª Turma Julgadora do DRJ/SPOII para que profira nova decisão, agora apreciando os fundamento de mérito da impugnação opostas*”; OU SUBSIDIARIAMENTE AINDA, (iii) postula a reforma da decisão recorrida para anular o auto de infração, diante da isenção; OU MAIS UMA VEZ SUBSIDIARIAMENTE, (iv) que se afaste a taxa selic aplicada ao débito.

É O SUCINTO RELATO.



Voto

Conselheiro Adélcio Salvalágio, Relator

Cuida-se de recurso voluntário aparelhado contra acórdão da 1ª Turma da DRJ de São Paulo/SP II, que por unanimidade de votos, embora afastando a multa de ofício, não conheceu da impugnação quanto às demais teses.

A exigibilidade do crédito tributário discutido neste processo administrativo, representado pelos autos de infração de fls. 1-23, encontra-se suspensa pelas decisões judiciais proferidas nos autos do mandado de segurança nº 2004.61.03.005571-0 (fls. 173-210-v). Consoante a própria recorrente reconhece (fls. 224), para *“evitar a decadência do direito de constituir o crédito tributário, já que ao fim da ação judicial o direito mencionado certamente estaria maculado pelo decurso do prazo de 5 anos contados da ocorrência do fato gerador, a Recorrida levou a termo auto de infração para exigência dos referidos tributos.”*

Aliás, consta expressamente nos autos de infração a seguinte ressalva (fls. 1 e 7):

“O crédito tributário lançado através do presente Auto de Infração está com a exigibilidade suspensa por força de Medida Liminar concedida nos autos do processo nº 2004.61.03.005571-0 da 3ª Vara Federal (art. 151, incisos II e IV do CTN)”.

O recurso é tempestivo (fl. 254), e satisfaz os requisitos formais de admissibilidade. Portanto, merece conhecimento.

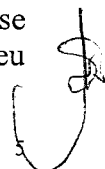
De início, sustenta a recorrente nulidade do acórdão de 1ª instância, por ausência de fundamentação e motivação. Invoca em apoio preceitos *constitucionais* (CF/88, art. 93, IX e X) e *legais* (Decreto 70.235/72, art. 59, II e 61; Lei 9.784/99, art. 50).

A tese improcede.

Não se desconhece que TODAS as decisões, tanto as proferidas no âmbito dos processos administrativos, quanto judiciais, devem ser fundamentadas. Porém, no caso concreto, não se observa ausência de fundamentação e/ou motivação.

Da leitura da decisão recorrida (fls. 212-5), infere-se com clareza as razões que motivaram o julgamento improcedente da impugnação. Ainda que primando pela concisão, a 1ª Turma da DRJ/SPO II expôs seu entendimento sobre a matéria, concluindo que houve renúncia ao processo administrativo diante do ajuizamento de medida judicial. Nesse contexto, inexistente nulidade, por ofensa ao preconizado no art. 93, IX, da CF/88, na decisão que, embora sucinta, apresente fundamentos essenciais para resolver a causa posta em apreciação. Obviamente que esta tese precede a qualquer outra e, uma vez reconhecida, inviabiliza a análise dos demais argumentos aventados pela recorrente.

Como já se decidiu, “(...) A nulidade prevista no artigo 93, IX, da CF só se verifica diante da ausência completa dos fundamentos que levam o julgador a formar seu



convencimento, porquanto a Carta Magna não exige que a decisão seja extensivamente motivada, permitindo a fundamentação concisa. (...)”¹. “(...) A fundamentação do decisum não necessita ser longa para preencher o requisito do art. 93, IX, da Constituição Federal. In casu, a decisão prolatada encontra-se devidamente motivada, tendo o Juiz proferido as razões do seu convencimento quanto à presença dos requisitos necessários à concessão da antecipação de tutela vindicada (...)”².

Assim, fica afastada a preliminar de nulidade do acórdão recorrido.

De outro giro, consoante já mencionado, no entender do órgão de julgamento de 1ª instância, houve renúncia à esfera administrativa, por conta do ajuizamento de mandado de segurança, cuja petição inicial, liminar e sentença se avistam nas fls. 173-210-v, destes autos.

Por seu turno, a recorrente defende o contrário. Afirma que o MS tem objeto distinto da discussão travada na via administrativa. O faz nestes termos: “*as duas medidas (mandado de segurança e defesa administrativa), coexistem de forma harmônica e devem ter seu regular andamento, eis que tratam de fundamentos diversos: a judicial, do direito subjetivo de não ser tributada na importação face à imunidade; a defesa administrativa, dos aspectos formais do lançamento e também materiais, mas que não dizem respeito à imunidade tributária da Recorrente*” (fl. 231).

Compulsando-se os autos, infere-se que o debate travado na esfera administrativa, através do presente processo, bem como aquele inaugurado na via judicial por meio do mandado de segurança nº 2003.61.03.003867-6, **busca em linhas gerais o mesmo propósito**, qual seja: **não recolher o imposto de importação, o imposto sobre produtos industrializados, PIS e COFINS e demais emolumentos sobre os produtos objeto da DI nº 05/0220405-7 (fls. 2)**. Noutras palavras, visa a recorrente seja-lhe garantido o direito ao não “*recolhimento do Imposto de Importação – II, Imposto Sobre Produtos Industrializados - IPI, Imposto sobre Circulação de Mercadorias - ICMS, além das contribuições ao PIS/PASEPe COFINS quando do desembaraço de equipamentos importação dos Estados Unidos, sob alegação de ter direito à imunidade tributária*” (fl. 197).

Contudo, as teses aventadas em ambas as instâncias, ao que se pode aquilatar, são diversas.

No feito judicial, segundo se depreende da petição Inicial, liminar e sentença de fls. 173-210-v, a tese posta a apreciação diz respeito à suposta **imunidade** tributária. O que também é confessado nas razões do recurso voluntário: “*a isenção da recorrente quanto a esses impostos em função de sua natureza assistencial (...). Adentrando ao mérito do lançamento fiscal, sem, entretanto, se discutir a imunidade constitucional (...), eis que já debatida no Mandado de Segurança proposto...*” (fl. 236).

Aliás, no próprio auto de infração consta expressamente esta diferenciação, in verbis (fl. 14):

“Apesar de invocar a declaração de importação ‘Isenção de Tributos’, os MS’s versam sobre ‘imunidade’, institutos jurídicos diferentes. O primeiro está fundamentado no diploma legal acima reproduzido. O segundo tem sua gênese na Constituição Federal, mais precisamente no artigo 150, inciso IV, alínea ‘c’, c/c o § 4º”

¹. TJMG – AI 1.0024.98.049718-4/001 – 9ª C.Cív. – Rel. José Antônio Braga – J. 13.07.2009;

². TJSE – AI 2008210100 – (8282/2008) – 2ª C.Cív. – Relª Marilza Maynard Salgado de Carvalho – J. 03.11.2008;

Já no feito administrativo, como se vê na impugnação de fls. 44-65, embora se almeje o mesmo objeto, qual seja, não pagar imposto de importação e imposto sobre produtos industrializados decorrentes da importação de bens empregados em suas atividades sociais, a recorrente levanta as teses da: (i) “*nulidade do lançamento por falta de fundamentação*”, ou seja, a nulidade formal do auto de infração, pois “*carentes de fundamentação o auto de infração impugnado, uma vez que não analisada a isenção da entidade, e o cumprimento dos requisitos tratados pelo Regulamento Aduaneiro vigente à data do registro da Declaração de Importação*” (fl. 46), que se acha nas fls. 45-8; (ii) a **isenção** da entidade (fls. 62-3).

É bem verdade que a impugnação também aborda a **imunidade**. Porém, é inegável que trata, além desta, de matéria **NÃO** levada à apreciação do Judiciário.

Como se sabe, **imunidade e isenção** são institutos diversos. “São categorias jurídicas distintas, que não se interpenetram, mantendo qualquer tipo de relacionamento no processo de derivação ou de fundamentação, a não ser em termos muito oblíquos e indiretos”³.

“A **imunidade** insere-se nas **vedações constitucionais** à competência tributária é conceitua-se (...) como sendo uma forma qualificada ou especial de não-incidência, por supressão, na Constituição, da competência impositiva ou do poder de tributar, quando se configuram certos pressupostos, situações ou circunstâncias previstas pelo estatuto supremo.”⁴ Já a **isenção**, “é a dispensa de impostos. Revela a liberalidade atribuída à pessoa ou ao estabelecimento, para que se livre do encargo fiscal. A isenção de impostos pode vir instituída na **lei fiscal**, em caráter geral para certa e determinada espécie de atos. Ou pode ser outorgada ou concedida, individualmente, para certas pessoas ou certos casos. Em quaisquer das hipóteses, evidenciada a isenção, quer seja relativa ao ato, à coisa, ou à pessoa, esquivam-se todos do pagamento da tributação ou do encargo fiscal”⁵

Também para a jurisprudência há distinção entre os institutos. Confirmam-se alguns julgados:

“**TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. RESPONSABILIDADE POR SUBSTITUIÇÃO DO TRANSPORTADOR. DECRETO-LEI 37/66, ART. 60, PARÁGRAFO ÚNICO. NÃO CONFIGURAÇÃO NO CASO DE INEXIGIBILIDADE DO TRIBUTO NA OPERAÇÃO. I. Isenção e imunidade não se confundem, enquanto esta consubstancia hipótese de incompetência tributária, aquela impede a constituição do crédito fiscal. II. A diferença ontológica entre isenção e imunidade não tem o condão de afastar a exegese construída sobre o parágrafo único do art. 60 do Decreto-Lei 37/66, que cuida da responsabilidade do transportador por tributos que deixaram de ser recolhidos em decorrência de dano, avaria ou extravio. (...).” (TRF da 1ª R., 2ª T. Suplementar, Ap. Cív. nº 199901000327630, Rel. Juíza Vera Carla Nelson de Oliveira Cruz (CONV.), J. 16/04/2002, DJ de 16/05/2002, pág.108)**

“**MANDADO DE SEGURANÇA. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. ENTIDADE ASSISTENCIAL. I- Isenção e imunidade não se confundem. II- Reconhecida a **imunidade** da impetrante em face dos documentos acostados, ilegal ato de autoridade que exige imposto de importação. III- Apelação e remessa oficial desprovidas. Sentença**

³. Paulo de Barros Carvalho, Curso de Direito Tributário, Saraiva, 9ª Ed., 1997, pág. 118;

⁴. Ives Gandra da Silva Martins, Curso de Direito Tributário, Saraiva, 7ª ed., 2000, pág. 209;

⁵. De Plácito e Silva, Vocabulário Jurídico, Vol. II, 11ª Ed., Forense, pág. 525;

confirmada.” (TRF da 3ª R., 4ª T., AMS nº 93031074408, Rel. Juíza Lucia Figueiredo, J., 10/12/1997, DJ de 05/05/1998, pág. 465).

“TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - IR SOBRE O VALOR DA INDENIZAÇÃO DE IMÓVEL EXPROPRIADO POR UTILIDADE PÚBLICA E INTERESSE SOCIAL (NOVEMBRO / 90) - NÃO-INCIDÊNCIA DA DESEJADA TRIBUTAÇÃO - ILEGITIMIDADE DA COBRANÇA - PROCEDÊNCIA AOS EMBARGOS (...) Distinguindo-se a imunidade, como vedação constitucional ao exercício do poder tributante, do instituto da isenção, esta uma vantagem tributária decorrente de lei interferidora na estrutura da regra-matriz de incidência, observa-se que a preocupação do legislador, ao estabelecer os casos de **isenção**, previstos pelo parágrafo único, do art. 22, da Lei 7.713/88, foi a de subtrair à configuração de evento de "ganho de capital", situações tais como a indenização expropriatória para reforma agrária, a decorrente de sinistro, de furto ou de roubo, relativos ao bem segurado. (...)” (TRF da 3ª R., Turma Suplementar da 2ª Seção, REOAC nº 199903990018306, Rel Juiz Silva Neto, J. 26/07/2007, DJU de 18/09/2007, pág. 466)

Além disso, a recorrente também se insurge na impugnação contra aspectos formais do auto de infração. Este tema, segundo se depreende das provas, não foi levado à análise do Poder Judiciário.

A propósito, importante destacar os ensinamentos de Leandro Paulsen sobre o tema:

“Considerando que o contribuinte tem direito a se defender na esfera administrativa, não faz sentido a sobreposição dos processos administrativo e judicial. A opção pela discussão judicial, antes do esgotamento da espera administrativa, demonstra que o contribuinte desta abdicou, levando o seu caso diretamente ao Poder ao qual cabe dar a última palavra quanto à interpretação e à aplicação do Direito, o Judiciário. Entretanto, tal pressupõe a identidade de objeto nas discussões administrativa e judicial. Caso a ação anulatória fira, e.g., a questão da constitucionalidade da norma tributária impositiva e o recurso administrativo se restrinja a discussões quanto à apuração do valor devido, em razão de questões de fato, não haverá a identidade que tornaria sem sentido a concomitância das duas esferas”⁶.

Portanto, a meu sentir, tenho que **NÃO OCORRE**, na hipótese em julgamento e pelas particularidades do caso, concomitância de instância. Como se sabe, para que haja a renúncia à esfera administrativa, há que se notar identidade entre as matérias, vale dizer, TESES postas à apreciação no poder judiciário. No caso concreto, ao que se infere dos autos, não é o que se verifica, não obstante exista a sobreposição da tese da imunidade, que, obviamente, NÃO deve ser analisada no âmbito administrativo, já que submetida ao crivo do Poder Judicial.

A propósito, cito julgado do CARF, ainda ao tempo dos CONSELHOS, sobre a matéria, proferido na esteira da Súmula 1, do 1º CC:

“NORMAS PROCESSUAIS - CONCOMITÂNCIA DE PROCESSOS NA VIA ADMINISTRATIVA E JUDICIAL - INEXISTÊNCIA DE RENÚNCIA À ESFERA ADMINISTRATIVA. A concomitância de processos na via administrativa e judicial não decorre da simples propositura e coexistência de processos em ambas as esferas, ele

⁶. Leandro Paulsen, René Bergmann Ávila, Ingrid Schroder Sliwka. Direito Processual Tributário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pág. 413.

somente exsurge quando houver a perfeita identidade no conteúdo material e no objeto da ação em discussão e do auto de infração.” (1º Conselho, 2ª Câmara, Recurso Voluntário nº 154708, Processo nº 13804.000803/99-37, Relatora Vanessa Pereira Rodrigues, Data da Sessão: 26/06/2008).

Convém citar ainda a Súmula 1ºCC 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**”.

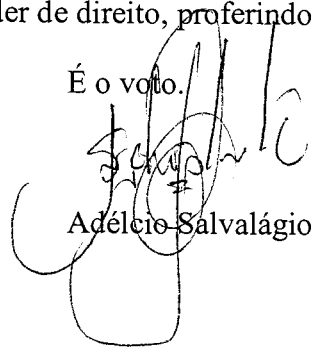
Para espantar eventuais dúvidas, registro que o caso em julgamento difere sobremaneira daquele tratado no processo nº 13884.001361/00-54, através do recurso voluntário nº 141.741, também de minha relatoria, onde conclui que o ajuizamento do mandado de segurança nº 1999.61.00.047067-0 importou em renúncia do recurso na esfera administrativa. É que naquele processo, diversamente do que se verifica aqui, a recorrente, na impugnação, NÃO suscitou a tese de nulidade do auto de infração (lançamento) por ausência de fundamentação, como também NÃO invocou a tese da isenção, sendo que, no tocante a esta, somente veio a fazê-lo no oferecimento do recurso voluntário, o que impediu o conhecimento por importar em supressão de instância.

Consigne-se ainda que, embora os autos de infração de fls. 1-23 nada mais seja do que uma cautela adotada pelo Fisco para evitar eventual decadência do seu direito de constituir o crédito tributário, já que pelo tempo de trâmite da ação judicial (mandado de segurança) poderá, ao seu final, ter passado mais de 5 anos da ocorrência do fato gerador, inviabilizando o recolhimento do tributo, não se pode tolher o direito da recorrente de ver cancelado o lançamento, também na esfera administrativa, por fundamento diverso daquele aventado no Judiciário.

Assim sendo, em face do reconhecimento da inexistência de renúncia na esfera administrativa, unicamente em relação às teses da nulidade do auto de infração (lançamento) e da isenção, nos termos acima expostos, faz-se necessário, para atendimento ao princípio constitucional do duplo grau de jurisdição, que os presentes autos retornem ao Órgão de Julgamento de origem (1ª Turma, da DRJ/SPOII), para que aprecie a impugnação, nesses pontos, como entender de direito.

COM ESSES FUNDAMENTOS, dou provimento ao recurso para anular o processo a partir do acórdão de 1º grau, inclusive, ficando afastada a concomitância e determinar o retorno dos autos para a DRJ analisar as teses distintas e o pedido a elas inerentes, como entender de direito, proferindo nova decisão.

É o voto.


Adécio Salvalágio

