



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

Processo nº 15165.003013/2005-48
Recurso nº 342.035 Voluntário
Acórdão nº 3202-00.149 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 29 de julho de 2010
Matéria PIS/COFINS IMPORTAÇÃO
Recorrente IDEPI INSTITUTO DE DIAGNÓSTICOS ESPECIALIZADOS POR IMAGEM LTDA
Recorrida DRJ-FLORIANÓPOLIS/SC

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Data do fato gerador: 27/09/2005

PRELIMINAR. AUTO DE INFRAÇÃO. DESCRIÇÃO DOS FATOS. ENQUADRAMENTO LEGAL. OBSCURIDADE E OMISSÃO. NULIDADE. NÃO ESPECIFICAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA.

A mera alegação de obscuridade e omissão, sem a indicação específica dos pontos obscuros e omissos não caracteriza a nulidade dos autos de infração. O auto de infração teve suficiente descrição dos fatos e enquadramento legal, possibilitando o contraditório e a ampla defesa.

MATÉRIA NÃO IMPUGNADA APRESENTADA NO RECURSO VOLUNTÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO.

A função do recurso no âmbito administrativo é a revisão da decisão da DRJ. Segundo o artigo 17 do Decreto 70.235/72, Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.

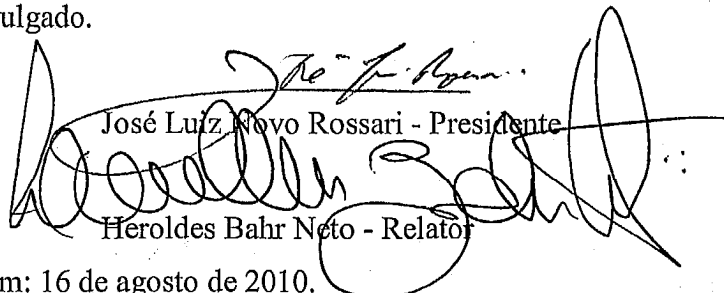
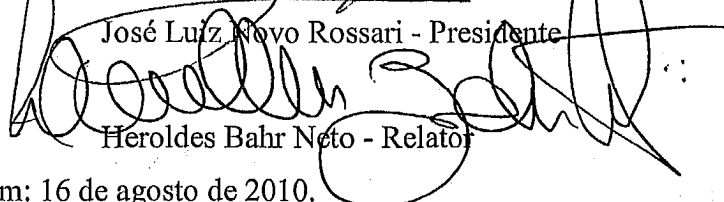
MANDADO DE SEGURANÇA. AÇÃO JUDICIAL. RENÚNCIA TÁCITA DA VIA ADMINISTRATIVA. IDENTIDADE DO OBJETO. ART. 38, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI Nº 6.830/80.

A interposição de mandado de segurança anteriormente à impugnação, para discutir a mesma matéria, tanto no processo judicial quanto administrativo, configura perda do direito de recorrer na esfera administrativa. A discussão permanece no processo administrativo quanto à matéria não questionada no processo judicial.

Recurso Voluntário Conhecido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, conhecer em parte do recurso e, na parte conhecida, rejeitar a preliminar de nulidade do auto de infração por cerceamento do direito de defesa. No mérito, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso em decorrência da concomitância, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.


José Luiz Novo Rossari - Presidente

Heroldes Bahr Neto - Relator

Editado em: 16 de agosto de 2010.

Participaram do presente julgamento os conselheiros José Luiz Novo Rossari (Presidente), Rodrigo Cardozo Miranda, Heroldes Bahr Neto, João Luiz Fregonazzi, Gilberto de Castro M. Júnior e Irene Souza da Trindade Torres.

Relatório

Em 10/11/05 o Contribuinte foi notificado, por intermédio de aviso de recebimento, sobre a formalização de dois auto de infração, relativos à COFINS – importação (fls. 01) e PIS/PASEP – importação (fls. 05). O crédito referente à COFINS constitui o valor de R\$97.853,56, e o relativo ao PIS /PASEP o valor de R\$21.244,52. Abaixo transcritos.

Tabela 1 – COFINS – importação

ITEM	DESCRIÇÃO	VALOR
1	Contribuição	R\$ 97.853,56
2	Valor do Crédito Tributário Apurado	R\$ 97.853,56

Tabela 2 – PIS/PASEP – importação

ITEM	DESCRIÇÃO	VALOR
1	Contribuição	R\$ 21.244,52
2	Valor do Crédito Tributário Apurado	R\$ 21.244,52

Como fundamento para constituição do crédito, a autoridade fiscal aponta a falta/insuficiência de recolhimento da COFINS – importação e PIS/PASEP – importação. A formalização do crédito acrescenta a autoridade que ocorreu visando prevenir eventual decadência, tendo em vista discussão judicial sobre o crédito no mandado de segurança n.º 2005.70.00025224-4 (fls. 11), em trâmite na 5ª Vara Federal de Curitiba, no qual havia suspensão da exigibilidade do crédito tributário pelo deferimento de liminar e depósito do montante integral (fls. 18).

O principal argumento, que serviu de deferimento para liminar, foi o de que a base de cálculo das contribuições excede a autorizada pelo sistema legislativo tributário nacional, quando no artigo 7º, inciso I, da Lei 10.865/2004 se acrescentou ao valor aduaneiro, como base de cálculo destes tributos, o valor do ICMS incidente no desembaraço aduaneiro.

O número da DI, suas adições e os valores devidos discriminadamente estão dispostos às fls. 04, 08 e 43.

Após a notificação dos autos de infração em 10/11/05, o contribuinte apresentou **impugnação às fls. 48-72**.

Em sua defesa, o contribuinte alega em síntese:

Processo nº 15165.003013/2005-48
Acórdão n.º 3202-00.149



a) preliminarmente, erro insanável na formalização dos autos de infração, pelo fato da autoridade fiscal não ter descrito adequadamente os fatos ocorridos relativamente ao fato gerador, bem como que os dispositivos legais não se coadunam com o caso em questão. Sustenta ainda que ao deixar de “caracterizar objetivamente a infringência eventualmente cometida pelo contribuinte” cerceou a defesa do mesmo. Ressalta também que a autoridade administrativa não especificou com “precisão e lucidez o dispositivo legal infringido e fato tido como fato gerador do imposto e passível de penalidade”;

b) desrespeito à hierarquia das leis, pois o fisco não tem observado o artigo 6º, inciso II da Lei Complementar 70/91, que dispõe sobre a isenção das sociedades civis quanto às contribuições, face aos artigos 55 e 56 da lei 9430/96, que prevê sobre a obrigação de recolhimento das contribuições sociais por parte das sociedades citadas;

c) isenção da cobrança da COFINS com base na lei complementar;

Ao final, requer o contribuinte o acolhimento da preliminar, e, em caso contrário o cancelamento dos autos de infração, tendo em vista que a exigibilidade dos créditos está suspensa. No mérito, protesta pela improcedência dos autos de infração pelos motivos expostos.

A DRJ/SPOIL, por unanimidade de votos, exarou decisão mantendo o lançamento, cuja ementa (fls. 96), foi elaborada nos seguintes termos.

“AÇÃO JUDICIAL. EFEITOS. LANÇAMENTO DESTINADO A PREVENIR DECADÊNCIA. FORMALIZAÇÃO CABÍVEL.

A discussão da matéria tributável na esfera judicial não elide o dever da autoridade administrativa de constituir o crédito tributário. A propositura de qualquer ação judicial anterior, concomitantemente ou posterior a procedimento fiscal, com o mesmo objeto do lançamento, importa em renúncia ou desistência à apreciação da mesma matéria na esfera administrativa, porém a matéria divergente terá prosseguimento normal.

...

AUTO DE INFRAÇÃO. ENQUADRAMENTO LEGAL. DESCRIÇÃO DOS FATOS. NULIDADE.

Contendo o auto de infração suficiente descrição dos fatos e adequado enquadramento legal, atendendo integralmente ao que determina a legislação de regência, não há que se falar em sua nulidade ou anulação.

Lançamento Procedente”.

Em 20/03/08 (fls. 108), o contribuinte foi notificado da decisão da DRJ, sendo que em 02/04/08 apresentou **recurso voluntário (fls. 109-127)**, alegando, em síntese, o seguinte:

a) preliminarmente, erro insanável na formalização dos autos de infração, pelo fato da autoridade fiscal não ter descrito adequadamente os fatos ocorridos relativamente ao fato gerador, bem como que os dispositivos legais não se coadunam com o caso em questão;

b) ofensa ao art. 246 da Constituição da República, já que a lei 10.865/04 teve sua origem na conversão da MP 164/04, portanto o reconhecimento da inconstitucionalidade da Medida Provisória citada, convertida na Lei em questão;

c) ofensa ao art. 146, inciso III, da Constituição da República, pois “para tratar sobre definição de novas contribuições se fazia necessário a edição de Lei Complementar.”;

d) desrespeito ao princípio da anterioridade geral pelo PIS-Importação, previsto no artigo 150, inciso III, alínea “b” da Constituição da República;

e) a Lei 10.865/04 ampliou indevidamente o conceito de valor aduaneiro, ao acrescentar neste o valor do ICMS incidente na importação, assim deve ser reconhecida a inconstitucionalidade/ilegalidade da exigência fiscal;

f) a autoridade fiscal não tem liberado as máquinas importadas necessárias ao desenvolvimento de sua atividade. Isto vem ocorrendo porque a autoridade vem tentando exigir o pagamento das contribuições. A ação para solução do problema está sendo impetrada. (fls. 126).

Ao final, requer seja conhecida a preliminar de nulidade, cancelando o auto de infração. No mérito, sejam os autos de infração improcedentes, pelos argumentos expostos.

A seguir, foram os autos encaminhados a este Conselheiro para análise e decisão.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Heroldes Bahr Neto, Relator

Satisfeitos estão os requisitos viabilizadores de admissibilidade deste recurso, razão pela qual deve ser ele conhecido por tempestivo.

Em suas razões de recurso, o recorrente argumenta em síntese que:

a) preliminarmente, erro insanável na formalização dos autos de infração, pelo fato da autoridade fiscal não ter descrito adequadamente os fatos ocorridos relativamente ao fato gerador, bem como que os dispositivos legais não se coadunam com o caso em questão;

b) ofensa ao art. 246 da Constituição da República, já que a lei 10.865/04 teve sua origem na conversão da MP 164/04, portanto o reconhecimento da inconstitucionalidade da Medida Provisória citada, convertida na Lei em questão;

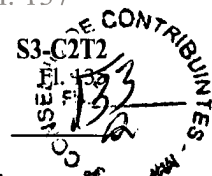
c) ofensa ao art. 146, inciso III, da Constituição da República, pois “para tratar sobre definição de novas contribuições se fazia necessário a edição de Lei Complementar.”;

d) desrespeito ao princípio da anterioridade geral pelo PIS-Importação, previsto no artigo 150, inciso III, alínea “b” da Constituição da República;

e) a Lei 10.865/04 ampliou indevidamente o conceito de valor aduaneiro, ao acrescentar neste o valor do ICMS incidente na importação, assim deve ser reconhecida a inconstitucionalidade/ilegalidade da exigência fiscal;

f) a autoridade fiscal não liberou as máquinas importadas necessárias ao desenvolvimento de sua atividade. Isto vem ocorrendo porque a autoridade vem tentando condicionar o pagamento das contribuições. A ação para solução do problema está sendo impetrada. (fls. 126).

Processo nº 15165.003013/2005-48
Acórdão nº 3202-00.149



Ao final, requer seja conhecida a preliminar de nulidade, cancelando o auto de infração. No mérito, sejam os autos de infração improcedentes, pelos argumentos expostos.

Argumentos que analisados são decididos da seguinte forma:

1. PRELIMINAR

O recorrente alega que em vista de erro formal insanável os autos de infração deveriam ser anulados. Alega como erro formal o fato da autoridade administrativa não descrever adequadamente os eventos ocorridos, assim como não discriminou com precisão os dispositivos legislativos inerentes ao fato gerador, o que, em última análise atentaria ao contraditório e ampla defesa.

Não parece prosperar o argumento do recorrente. Primeiramente porque não identifica especificamente onde pairou a alegada obscuridade ou omissão, limitando-se a afirmar a falha da autoridade fazendária. Depois, porque com as informações constantes nos autos de infração e documentos em anexo é possível identificar o motivo e o fundamento para a lavratura dos autos.

Além das informações serem suficientes, inclusive com relação à descrição dos fatos, tome-se como exemplo às fls. 02-03, onde a autoridade administrativa descreve todo o histórico da documentação acostada nos autos; existe também coerência entre a fundamentação legal com os atos realizados.

A formalização dos autos de infração foi realizada, mesmo havendo suspensão da exigibilidade do crédito, porque a atividade administrativa no direito tributário é vinculada, ou seja, a autoridade fiscal agiu em conformidade com o artigo 63 da Lei 9.430/96, quando realizou a lavratura dos autos. Cujas redação prevê que *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.*

Desta forma, **não constatando a obscuridade ou omissão alegada, a preliminar não deve ser acolhida.**

2. MÉRITO

2.1. Razões de recurso e matéria impugnada

De acordo com o artigo 17 do Decreto nº 70.235/72: *considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.*

No presente caso se observa que os argumentos da impugnação do contribuinte foram em suma:

- a) preliminarmente, erro insanável na formalização dos autos de infração;
- b) desrespeito à hierarquia das leis, questionando os efeitos da lei 9430/96 face a Lei Complementar 70/91;
- c) isenção da cobrança da COFINS com base na lei complementar.

Contudo, em seu recurso, o contribuinte alegou várias matérias não suscitadas na impugnação. Colaciona-se, abaixo, em síntese, todos os argumentos trazidos na peça recursal:

- a) preliminarmente, erro insanável na formalização dos autos de infração;
- b) ofensa ao art. 246 da Constituição da República;

- c) ofensa ao art. 146, inciso III, da Constituição da República;
- d) desrespeito ao princípio da anterioridade geral pelo PIS-Importação;
- e) ampliação indevida da base de cálculo para as contribuições na importação, no conceito de valor aduaneiro;
- f) a autoridade fiscal não tem liberado as máquinas importadas necessárias ao desenvolvimento de sua atividade.

Do exposto, se observa que dentre todos os argumentos da impugnação, apenas um deles foi levantado no recurso voluntário, o da preliminar, o qual não foi acolhido conforme fundamentação anteriormente realizada.

Ressalta-se que a fase recursal tem como fundamento, na visão de JAMES MARINS, o princípio do duplo grau de cognição, o qual atende ao princípio da ampla defesa. Nas palavras do citado autor:

“A idéia de revisão recursal dos julgamentos administrativos ou judiciais atende a necessidades de qualidade e segurança da prestação estatal julgadora e é imperativo jurídico expresso no art. 5º, LV, da CF/88. Representa, o direito a recurso, manifestação axiomática do direito à ampla defesa.

Denomina-se de “hierárquico” o recurso que submete a revisão da decisão a órgão julgador, monocrático ou colegiado, de hierarquia superior, competente para reapreciação e rejulgamento da lide fiscal. (MARINS, James. Direito processual tributário brasileiro: administrativo e judicial. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2005. Pg. 196)”

Da afirmação é possível compreender que o recurso tem como objetivo a revisão da decisão da DRJ. Dentro deste enfoque, se estabelece também limitação ao impugnante/recorrente, no sentido de possuir prazo específico para alegar toda a defesa que entende necessária. Entretanto, passada esta fase depois de iniciado o processo administrativo, o recorrente não pode, no recurso, alegar matéria não impugnada, caso contrário se teria a análise inicial de defesa na fase recursal, o que causaria enorme contradição, pois não haveria quem analisasse em fase de recurso os argumentos levantados apenas em etapa recursal. Além disto, o processo administrativo poderia se tornar uma seqüência infinita, com a alegação de novos argumentos a qualquer momento, e a conseqüente necessidade de análise.

Neste sentido, já decidiu o Conselho de Contribuintes:

“(...) NORMAS PROCESSUAIS-PRECLUSÃO – Nos termos do artigo 17 do Decreto 70235/72, matéria não impugnada está fora do litígio e o crédito tributário a ela relativo, torna-se consolidado. (...)”

(Recurso Voluntário n.º: 129198; Oitava Câmara; Processo: 13924.000383/95-16; Recorrente: Varaschin & Cia. Ltda. Recorrida: DRJ-Curitiba/PR; Sessão: 17/04/2002; Relatora: Ivete Malaquias Pessoa Monteiro, Acórdão 108-06924, Resultado: NPU - negado provimento por unanimidade)”

Desta forma, a única matéria que deve ser analisada no recurso apresentado pelo recorrente é a preliminar como já apreciada no item 1 acima.

2.2. Mandado de Segurança e processo administrativo

Processo nº 15165.003013/2005-48
Acórdão n.º 3202-00.149



Antes mesmo da lavratura dos autos de infração, o recorrente impetrou mandado de segurança perante a Justiça Federal, Seção Judiciária do Paraná, o qual foi distribuído sob o n.º 2005.70.00.025224-4, na 5ª Vara.

Foi juntada a estes autos a cópia da decisão judicial concedendo liminar e autorizando o depósito do montante às fls. 11-18, foi juntada ainda a petição inicial do mandado de segurança às fls. 74-93.

Com base na cópia das partes dos autos de mandado de segurança acima citado é possível concluir que salvo a preliminar, todos os outros argumentos foram suscitados na ação judicial (fls. 74-93). Com base no artigo 38, § único da Lei 6.830/80, a propositura, pelo contribuinte, da ação prevista no artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.

Sobre o caso já se pronunciou o STJ:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. MANDADO DE SEGURANÇA. AÇÃO JUDICIAL. RENÚNCIA DE RECORRER NA ESFERA ADMINISTRATIVA. IDENTIDADE DO OBJETO. ART. 38, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI Nº 6.830/80.

1. Incide o parágrafo único do art. 38, da Lei nº 6.830/80, quando a demanda administrativa versar sobre objeto menor ou idêntico ao da ação judicial.

2. A exegese dada ao dispositivo revela que: "O parágrafo em questão tem como pressuposto o princípio da jurisdição una, ou seja, que o ato administrativo pode ser controlado pelo Judiciário e que apenas a decisão deste é que se torna definitiva, com o trânsito em julgado, prevalecendo sobre eventual decisão administrativa que tenha sido tomada ou pudesse vir a ser tomada. (...) Entretanto, tal pressupõe a identidade de objeto nas discussões administrativa e judicial". (Leandro Paulsen e René Bergmann Ávila. Direito Processual Tributário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 349).

3. In casu, os mandados de segurança preventivos, impetrados com a finalidade de recolher o imposto a menor, e evitar que o fisco efetue o lançamento a maior, comporta o objeto da ação anulatória do lançamento na via administrativa, guardando relação de excludência.

4. Destarte, há nítido reflexo entre o objeto do mandamus - tutelar o direito da contribuinte de recolher o tributo a menor (pedido imediato) e evitar que o fisco efetue o lançamento sem o devido desconto (pedido mediato) - com aquele apresentado na esfera administrativa, qual seja, anular o lançamento efetuado a maior (pedido imediato) e reconhecer o direito da contribuinte em recolher o tributo a menor (pedido mediato).

5. Originárias de uma mesma relação jurídica de direito material, despicienda a defesa na via administrativa quando seu objeto subjuga-se ao versado na via judicial, face a preponderância do mérito pronunciado na instância jurisdicional.

6. Mutatis mutandis, mencionada exclusão não pode ser tomada com foros absolutos, porquanto, a contrario sensu, torna-se

possível demandas paralelas quando o objeto da instância administrativa for mais amplo que a judicial.

7. Outrossim, nada impede o reingresso da contribuinte na via administrativa, caso a demanda judicial seja extinto sem julgamento de mérito (CPC, art. 267), pelo que não estará solucionado a relação do direito material.

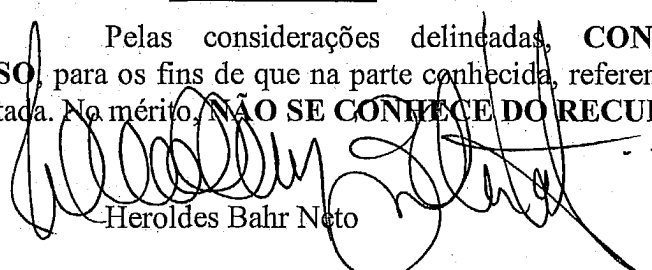
8. Recurso Especial provido, divergindo do ministro relator.

(REsp 840556 / AM; Relator: Ministro Francisco Falcão; Relator p/ Acórdão: Ministro Luiz Fux; Primeira Turma; Julgamento: 26/09/2006; Publicação: DJ 20/11/2006 p. 286)”.

Assim sendo, não há o que se analisar no recurso voluntário do contribuinte, salvo a preliminar, pois o mesmo incorreu em renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa.

3. DISPOSITIVO

Pelas considerações delineadas, **CONHEÇO PARCIALMENTE O RECURSO**, para os fins de que na parte conhecida, referente a nulidade do auto de infração, seja rejeitada. No mérito, **NÃO SE CONHECE DO RECURSO** em razão da concomitância.


Heroldes Bahr Neto