



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

Processo n° 17220.000395/2010-39
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3402-002.263 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de novembro de 2013
Matéria PIS e Cofins
Recorrente DHB COMPONENTES AUTOMOTIVOS S/A
Recorrida DRJ FLORIANÓPOLIS (SC)

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 21/10/2005, 11/11/2005, 22/11/2005, 02/12/2005, 12/12/2005, 20/12/2005, 21/12/2005, 22/12/2005, 06/01/2006, 09/02/2006, 07/03/2006, 05/05/2006, 06/07/2006

Ementa:

CRÉDITO TRIBUTÁRIO. MEDIDA JUDICIAL. LANÇAMENTO. POSSIBILIDADE.

A atividade de lançamento é vinculada e obrigatória, fazendo-se necessária sempre que presentes os pressupostos legais, não lhe obstando a existência de liminar em mandado de segurança, cuja consequência é a mera suspensão de exigibilidade de crédito fiscal. Portanto, o auto de infração é instrumento hábil para constituir o crédito tributário e impor a penalidade aplicável.

PROCESSOS ADMINISTRATIVO E JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA.

A matéria já suscitada perante o Poder Judiciário não pode ser apreciada na via administrativa. Caracteriza-se a concomitância quando o pedido e a causa de pedir dos processos administrativos e judiciais guardam irrefutável identidade.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da **4ª câmara / 2ª turma ordinária** da terceira **SEÇÃO DE JULGAMENTO**, por unanimidade de votos, em não se conhecer de parte do recurso em face da concomitância e na parte conhecida, em negar provimento ao recurso nos termos do voto do relator.

(assinado digitalmente)

GILSON MACEDO ROSENBERG FILHO – Relator e Presidente
Substituto.

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros João Carlos Cassuli Junior, Silvia de Brito Oliveira, Francisco Maurício Rabelo de Albuquerque Silva, Adriana Oliveira e Ribeiro e Winderley Moraes Pereira.

Relatório

Para elucidar os fatos ocorridos até a interposição do Recurso Voluntário, transcrevo o relatório da DRJ, *in verbis*:

Trata o processo dos autos de infração lavrados para a constituição do crédito tributário, exigido no valor de R\$ 153.395,04, incluído os juros de mora, decorrente da diferença do montante devido a título de COFINS - Importação e PIS/PASEP - Importação, concernentes as mercadorias submetidas a despacho para consumo pelas declarações de importação (DI) listadas nas Tabelas 1 e 2 da "Descrição dos Fatos e Enquadramento(s) Legal(is)" (fls. 01 a 54).

A autoridade lançadora, ao descrever os fatos que ensejaram a autuação, evidencia que em decorrência da liminar concedida no Mandado de Segurança impetrado perante a 1ª Vara Federal de Rio Grande (processo nº 2005.71.01.003635-2), em que se discute o cálculo das contribuições para a Cofins e para o Pis/Pasep incidentes na importação, prescrito no art. 7º da Lei nº 10.865/2004 e no anexo único da Norma de Execução Coana nº 2, de 23.06.2005, a epigrafada deixou de efetuar os respectivos recolhimentos, motivando o lançamento em apreço, notadamente com o objetivo de prevenir o crédito tributário dos efeitos da decadência (fls. 166 a 179).

Intimada da exação (fls. 16 e 31), a autuada apresentou, As fls. 60 a 83, impugnação acompanhada dos documentos de fls. 84 a 93, em que contesta a exigência.

Em preliminar, esclarece que em 18.10.2005 ajuizou Mandado de Segurança em que teve seu pedido liminar deferido no sentido de determinar A impetrada que se abstinhasse de opor óbices à exclusão da base de cálculo do PIS-Importação e da COFINS-Importação do valor do ICMS incidente no desembaraço aduaneiro e do valor das próprias contribuições mencionadas no art. 7º, inciso I da Lei 10.865/2004, relativamente às mercadorias por ela ingressadas pelo Porto do Rio Grande, suspendendo, por conseguinte, a exigibilidade do respectivo crédito tributário, cujos autos foram remetidos ao TRF da 4ª Região, por conta do necessário Reexame e da Apelação Cível interposta pela União, cujo julgamento foi favorável às suas

pretensões. Diante desse quadro, acredita que não merece prosperar a autuação por vício de nulidade, uma vez que os autos de infração foram lavrados em desconformidade com o direito aplicável à espécie.

Alega que, independentemente de a matéria objeto dos lançamentos estar em discussão no Judiciário, o Fisco deve manifestar seu posicionamento, em atendimento ao princípio da ampla defesa previsto no art. 5º, XXXIV, "a" e LV da Constituição Federal, pois se quisesse apenas constituir o crédito tributário para preveni-lo da decadência, a autoridade lançadora deveria ter mencionado essa pretensão no relatório fiscal que integra os autos de infração. Portanto, não constatando essa intenção e tendo a fiscalização apresentado elementos diversos dos debatidos na ação judicial, não restam dúvidas quanto ao direito da impugnante de apresentar defesa administrativa.

Afirma que não pode prosperar o lançamento porque é ilegal atribuir-lhe a qualidade de infratora quando possui decisão judicial que lhe assegura a efetividade das suas operações, sob pena de representar desobediência à ordem judicial, e porque ofende ao disposto no art. 151, V do CTN, que garante a suspensão da exigibilidade do crédito tributário em comento.

No mérito, alega que independentemente da legislação apontada para fundamentar o lançamento combatido, inexistente fundamento legal para a inclusão do valor do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS Importação a ser recolhido no desembaraço aduaneiro.

Argumenta que as contribuições instituídas pela MP nº 164/2004, convertida posteriormente na Lei nº 10.865/2004 devem ser consideradas novas na medida que se assemelham ao PIS e a COFINS apenas com relação à destinação dos valores recolhidos, sendo distintos o fato gerador e a finalidade.

Salienta que referida lei é clara ao definir o fato gerador, não deixando margem para discussão, diferentemente do que ocorre em relação à base de cálculo, uma vez que a norma prevista no seu art. 7º, inciso I, referendada no art. 4º da IN/SRF nº 436/2004, é ilegal (art. 110 do CTN) e inconstitucional (art. 149, § 2º, III, da CF/1988), pois contraria o conceito de valor aduaneiro previsto no artigo VII do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio — GATT 1994 ao alargá-lo indevidamente com o acréscimo do valor pago a título de ICMS e pela contribuição propriamente dita. Portanto, devem ser julgados improcedentes os autos de infração, uma vez que lavrados unicamente com fundamento na não inclusão do ICMS incidente no desembaraço aduaneiro, na base de cálculo das contribuições ao PIS-Importação e COFINS-Importação.

Assevera que não obstante ser recente a tese defendida, são diversas as manifestações dos tribunais judiciais que acolhem o pleito da impugnante.

Concluindo, menciona que a instituição das referidas contribuições foi inconstitucional porque realizada por meio da Medida Provisória nº 164/2004, posteriormente convertida na Lei Ordinária nº 10.864/2004, violando o regramento estatuído pelo artigo 146, inciso III e pelo artigo 62, § 1º, inciso III, da Constituição Federal.

Do exposto, se por ventura restarem ultrapassadas as preliminares argüidas, requer a improcedência dos lançamentos, em razão da ilegalidade e inconstitucionalidade da exigência do crédito tributário lançado de ofício, assegurando-lhe o direito de excluir da base de cálculo do PIS-Importação e da COFINS-Importação, o valor do ICMS e das próprias contribuições. Requer subsidiariamente, tendo em vista a suspensão da exigibilidade, a suspensão da cobrança e a inscrição em Dívida Ativa dos supostos débitos tributários, bem como a aplicação de quaisquer penalidades seja a título de multa ou de juros de mora, em razão da existência de decisão judicial. Por fim, requer ainda que as intimações referentes ao presente sejam enviadas exclusivamente para o endereço profissional e em nome de seus patronos.

A 2ª Turma da Delegacia de Julgamento de Florianópolis (SC) julgou improcedente a impugnação, nos termos do Acórdão nº 07-26.819, de 25 de novembro de 2011, cuja ementa abaixo reproduzo:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 21/10/2005, 11/11/2005, 22/11/2005, 02/12/2005, 12/12/2005, 20/12/2005, 21/12/2005, 22/12/2005, 06/01/2006, 09/02/2006, 07/03/2006, 05/05/2006, 06/07/2006

AÇÃO JUDICIAL. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. EXIGIBILIDADE SUSPensa. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE

A existência de ação judicial não obsta a lavratura de auto de infração, uma vez que o lançamento constitui ato vinculado inerente à formalização do crédito tributário, cuja competência é privativa da autoridade administrativa fiscal.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 21/10/2005, 11/11/2005, 22/11/2005, 02/12/2005, 12/12/2005, 20/12/2005, 21/12/2005, 22/12/2005, 06/01/2006, 09/02/2006, 07/03/2006, 05/05/2006, 06/07/2006

AÇÃO JUDICIAL E IMPUGNAÇÃO. REPERCUSSÃO DIRETA E DEPENDENTE.

Em face do princípio constitucional de unidade de jurisdição, a existência de impugnação em que se discute matéria cujo objeto, além de idêntico, tem repercussão direta no resultado da ação judicial movida pela impugnante importa renúncia as instâncias administrativas, sendo de se aplicar o que for definitivamente decidido no âmbito do poder judiciário.

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA
SEGURIDADE SOCIAL - COFINS*

*Data do fato gerador: 21/10/2005, 11/11/2005, 22/11/2005,
02/12/2005, 12/12/2005, 20/12/2005, 21/12/2005, 22/12/2005,
05/01/2006, 09/02/2006, 07/03/2006, 05/05/2006, 06/07/2006*

*JUROS DE MORA. NATUREZA. SUSPENSÃO DA
EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.*

*Os juros de mora não têm natureza punitiva e a suspensão da
exigibilidade do crédito tributário não suspende sua fluência.*

Irresignado com a decisão *a quo*, apresentou recurso voluntário repisando os mesmos argumentos apresentados na impugnação.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Gilson Macedo Rosenburg Filho, Relator.

A impugnação foi apresentada com observância do prazo previsto. Quanto aos demais requisitos de admissibilidade passo a análise.

O recurso voluntário possui três matérias a serem enfrentadas:

- a) A possibilidade de lançamento tributário de valores cuja matéria esteja em discussão no Poder Judiciário;
- b) A possibilidade de enfrentamento pela esfera administrativa de matéria levada ao conhecimento e análise do Poder Judiciário; e
- c) A exclusão do valor do ICMS da base de cálculo do PIS-Importação e da Cofins-Importação.

Quanto à exclusão do valor do ICMS da base de cálculo das exações, é incontroverso que essa questão está em discussão no Poder Judiciário.

Quando há processos paralelos, com objeto e finalidade idênticos, podem resultar em efeitos redundantes ou antagônicos. Em qualquer das hipóteses, prevalecerá a decisão judicial, motivo pelo qual a concomitância de processos ofende o princípio da economia processual. Em face disso, a opção do contribuinte pela via judicial encerra o processo administrativo fiscal em definitivo, em qualquer das fases em que ele se encontre.

Nestes casos, quando o sujeito passivo opta pela via judicial para a discussão de matéria tributária implica na renúncia ao poder de recorrer nesta instância, nos termos do parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6.830/80 e do § 2º, art. 1º do Decreto-lei nº 1.737, de 1979.

Ratificando este entendimento, foi aprovado o enunciado de Súmula CARF nº 01, publicada no DOU de 22/12/2009, in verbis:

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.

Registre-se que a coisa julgada a ser proferida no âmbito do Poder Judiciário jamais poderia ser alterada no processo administrativo, pois tal procedimento feriria a Constituição Federal, que adota, como já mencionado, o modelo de jurisdição una, onde são soberanas as decisões judiciais.

Posta assim a questão, entendo que este Colegiado não pode apreciar matéria já submetida ao Poder Judiciário, na linha da Súmula Carf nº 01. Nesta linha, não conheço desta matéria.

Quanto às matérias restantes, identifico os demais requisitos de admissibilidade e passo ao mérito.

Alega que, independentemente da matéria objeto dos lançamentos estar em discussão no Judiciário, o Fisco deve manifestar seu posicionamento, em atendimento ao princípio da ampla defesa previsto no art. 5º, XXXIV, "a" e LV da Constituição Federal.

Pelos mesmos motivos que não conheço da questão da exclusão do ICMS da base de cálculo das exações, também afirmo que não posso analisar matéria com identidade entre os pedidos e as causas de pedir apresentados na esfera administrativa e no Poder Judiciário, nos termos do enunciado de Súmula Carf nº 01.

Quanto à ilegalidade do lançamento tributário em virtude da existência de decisão judicial que lhe assegura a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, entendo que não merece prosperar tal alegação.

Entendo que a sentença proferida na ação mandamental não impede o lançamento tributário. Essa é a praxe nas ações judiciais, já que face à indisponibilidade do crédito tributário, os provimentos judiciais que suspendem a sua exigibilidade não têm o condão de impedir o lançamento. Salvo se no dispositivo da sentença houver previsão expressa neste sentido.

Para ilustrar minha opinião, pinço parte de texto do professor Alberto Xavier sobre o assunto, *verbis*:

A suspensão regulada pelo artigo 151 do Código Tributário Nacional paralisa temporariamente o exercício efetivo do poder de execução, mas não suspende a prática do próprio ato administrativo de lançamento, decorrente de atividade vinculada e obrigatória, nos termos do artigo 142 do mesmo Código, e necessária para evitar a decadência do poder de lançar. Nem o depósito, nem a liminar em mandado de segurança têm a eficácia de impedir a formação do título executivo pelo lançamento, pelo que a autoridade administrativa deve exercer o

seu poder-dever de lançar, sem quaisquer limitações, apenas ficando paralisada a executoriedade do crédito.

Noutro giro, a formalização do crédito tributário pelo lançamento, consoante o disposto no artigo 142 do CTN, é decorrente do caráter vinculado e obrigatório do ato administrativo, não podendo a fiscalização, sob pena de responsabilidade funcional, eximir-se de efetuar-lo, ainda que a exigibilidade esteja suspensa. Sobre o assunto, no sentido de elucidar tal posicionamento, pode-se citar trecho do voto do Exmo. Sr. Juiz Relator Ari Pargendler, em decisão proferida pelo Egrégio Tribunal Federal da 4ª Região, em sede de Agravo de Instrumento - Processo nº 91.04.03398-1:

“... Na espécie, portanto, a agravada poderia ter corrigido monetariamente as contas de seu balanço pelo índice que lhe aprovesse, independentemente de provimento judicial, desde que se sujeitasse a eventual lançamento “ex-officio” por diferenças que o fisco entendesse devidas. Mas ela não quer se ver nessa contingência, e então propôs a presente ação, obtendo liminarmente a sustação do lançamento suplementar. Até aí não vai o poder cautelar do Juiz. Tudo porque o lançamento fiscal é um procedimento legal, subordinado ao contraditório, que não importa dano algum para o contribuinte, o qual pode discutir a exigência nele contida em mais de uma instância administrativa, sem constrangimentos que antes existiam em nosso ordenamento jurídico (“solve et repete”, depósito da quantia controvertida, etc.). A imposição nele contida pode ser ilegal, mas a pretexto disso não se deve tolher a constituição do crédito tributário, resultado de um procedimento que a Administração Pública está vinculada por lei ...”

Por conseguinte, ainda que suspensa a exigibilidade do crédito tributário, nos moldes do art. 151 do CTN, o lançamento (ou auto de infração) deve ser sempre levado a cabo. E a razão disto é imediata. Materializada a hipótese jurídico-tributária da regra-matriz de incidência, isto é, dado o fato jurídico-tributário, começa a fluir o prazo decadencial contra o direito subjetivo da Fazenda Pública que acaba de vir a lume. Necessário se faz, portanto, assegurar este direito.

É pacífico o entendimento, tanto administrativo quanto no âmbito do Judiciário, de que, nos casos em que houver liminar em mandado de segurança, ou em procedimento cautelar, ou depósito do montante integral do tributo, deve ser efetuado o lançamento, conforme art. 142, parágrafo único, do CTN, sendo o sujeito passivo regularmente notificado (art. 145 do CTN c/c o art. 7º, I, do Decreto no 70.235/1972), com o esclarecimento de que a exigibilidade do crédito tributário apurado permanece suspensa, em face da medida liminar concedida (art. 151 do CTN). Nesse sentido, inclusive, estão as conclusões do Parecer PGFN/CRJN no 1.064/1993.

Toda essa preocupação surge porque uma eventual decisão final contrária ao sujeito passivo, tida e havida após o decurso do prazo decadencial, suscitaria prejuízos ao erário, porquanto a Fazenda Pública não teria ao seu dispor título algum com o qual pudesse embasar uma execução judicial.

Processo nº 17220.000395/2010-39
Acórdão n.º **3402-002.263**

S3-C4T2
Fl. 490

Portanto, diante da obrigatoriedade de lançamento tributário pela autoridade fiscal quando deparado com a ocorrência do fato gerador e a possibilidade de reversão de decisão judicial não amparada pelo manto da coisa julgada, mantenho o lançamento efetuado com a exigibilidade suspensa.

Pelas assertivas feitas, não conheço da matéria referente a exclusão do ICMS das bases de cálculo das exações, pois essa questão está sob o clivo do Poder Judiciário. Na parte conhecida, nego provimento ao recurso.

É como voto.

Sala das Sessões, 27/11/2013

Gilson Macedo Rosenburg Filho