



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

Processo n° 10865.720013/2007-67
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3402-005.374 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de junho de 2018
Matéria CONCOMITÂNCIA. AUSÊNCIA.
Recorrente BURIGOTTO S A INDUSTRIA E COMERCIO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 30/01/2007

CONCOMITÂNCIA. AUSÊNCIA. NULIDADE DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA.

Inexistindo concomitância entre o processo administrativo e o judicial, deve ser anulada a decisão recorrida, para que seja analisada a questão de mérito, sob pena de supressão de instância. A teor da Súmula CARF n° 1, importa renúncia às instâncias administrativas a propositura de ação judicial pelo sujeito passivo 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.

Decisão Recorrida Nula.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao Recurso Voluntário para anular a decisão recorrida em face da inexistência de concomitância, com o retorno dos autos à DRJ/SPO para apreciação dos argumentos de mérito trazidos na Impugnação.

(assinado digitalmente)

Waldir Navarro Bezerra - Presidente.

(assinado digitalmente)

Maysa de Sá Pittondo Deligne - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Waldir Navarro Bezerra, Rodrigo Mineiro Fernandes, Diego Diniz Ribeiro, Maria Aparecida Martins de Paula, Thais De Laurentiis Galkowicz, Pedro Sousa Bispo, Maysa de Sá Pittondo Deligne e Rodolfo Tsuboi (Suplente Convocado).

Relatório

Por bem sintetizar o processo, peço vênha para transcrever o relatório do Acórdão n.º 16-41.515 da 24ª Turma da DRJ/SP1:

"Trata o presente processo de Auto de Infração (fls. 02/18) formalizado para exigência da multa prevista no art. 633, inciso I, do Decreto n.º 4.543/2002, correspondente a cem por cento sobre a diferença entre o preço declarado e o preço arbitrado, relativamente às mercadorias importadas por meio da Declaração de Importação (DI) n.º 07/01268667, registrada em 30/01/2007, perfazendo o valor total de R\$ 127.269,11.

Referidas mercadorias foram objeto de procedimento especial de controle aduaneiro, em razão do baixo preço declarado, o que motivou sua parametrização para o canal cinza de conferência aduaneira.

No curso do procedimento fiscal, apurou-se que a importadora deixou de declarar a vinculação existente com o exportador. Ademais, a fiscalização considerou insuficientes as respostas apresentadas no sentido de comprovar a veracidade dos valores transacionados, uma vez que a importadora limitou-se a alegar (i) impossibilidade de formação de valores, já que não revende o material, mas o emprega na manufatura de produtos; (ii) como não produz os tecidos, não obtém dados de custo; (iii) essas sucatas foram avaliadas internamente pelo exportador ao custo de 5 a 10% do valor do custo de aquisição.

Com base em ato de verificação física e laudo técnico elaborado pela ABIT – Associação Brasileira da Indústria Têxtil e de Confecção, afirma a fiscalização que os produtos importados, tecidos e malhas em sua maioria, foram fabricados a partir do entrelaçamento de tramas e urdumes de fios tintos de poliéster, poliamida e algodão, com titulagens comerciais, em padronagem de sarja e tafetá, resinados e com gramatura dentro da média comercializada, o que lhes confere características bastante comuns, cujos preços das matérias-primas são bem definidos no mercado.

Segundo a fiscalização, a expressão SUCATAS foi utilizada indevidamente pela interessada, com o objetivo de induzir em erro quanto ao valor declarado.

Esclarece que "SUCATAS, segundo o conceito contábil predominante, são consideradas sobras ou resíduos que emergem da produção que, em estado normal ou com defeitos, não têm mercado garantido de comercialização e sua venda, portanto, é bastante incerta, não se podendo estabelecer, a priori, se ela ocorrerá ou não. Entretanto, o que foi verificado em ato de verificação física é que tratam-se de tecidos e malhas de valor comercial, com preço e mercado bastante definidos, apresentando-se em estado e condições normais aos praticados no setor têxtil. Concluindo que o efeito pretendido do interessado foi a importação de matéria-prima, porém descrito com preço de sucata".

Como resultado, e com base na comparação dos preços praticados na importação de produtos similares e na valoração realizada pela ABIT, a fiscalização entendeu pela impossibilidade de apuração do preço efetivamente praticado, procedendo ao arbitramento de valores, nos termos do art. 84, inciso II, alíneas "b" e "c", do Regulamento Aduaneiro, esclarecendo que: (i) para as mercadorias da adição 01, foi utilizado o método da mercadoria idêntica e a própria declaração do importador

que a mercadoria foi avaliada de 5 a 10% do valor real; (ii) para a valoração das malhas e tecidos da adição 02, foi utilizado o estudo solicitado à ABIT.

Por derradeiro, observa o fisco que: (i) comina-se também a pena de perdimento às mercadorias, uma vez que o auto de perdimento independe do lançamento ou não do auto de crédito, nos termos do art. 634, inciso I, do Decreto nº 4.543/02; (ii) para a incidência da multa em questão, é indiferente se o contribuinte agiu ou não com má fé, nos termos do art. 136 do CTN e ADI SRF 17/04.

Cientificada do lançamento em 10/07/2007 (fl. 03), a contribuinte apresentou impugnação, em 08/08/2007, juntada às fls. 184 e seguintes, alegando, em síntese, que:

(a) preliminarmente, alega cerceamento ao seu direito de defesa pelo fato de a autoridade fiscal haver indicado vários dispositivos legais, observando que o auto de infração deve descrever os fatos com suficiente especificidade, de modo a delimitar o objeto da controvérsia e permitir a plenitude da defesa. Ressalva que a pena de perdimento não poderia ser objeto do presente, pois requereria auto e procedimento distinto, havendo, inclusive, impedimento (§ único, artigo 634, RA) — de natureza lógica — em se impor ambas penalidades. Desta forma, em que pese a nulidade apontada, a discussão se restringirá a imposição da penalidade constante no artigo 633, inciso I, do Decreto 4.543/02;

(b) **no mérito, declara que não houve em momento algum a intenção de induzir a fiscalização em erro, pois se manifestou diversas vezes no sentido de esclarecer que as mercadorias correspondem a sucatas (cujo conceito é subjetivo) e que, portanto, o valor declarado está correto;**

(c) cita jurisprudência do STF no sentido de que se deve respeitar o conceito genuíno e puro das palavras, para concluir pelo caráter subjetivo da expressão “sucata”, pois determinada coisa/produto pode ser sem préstimo, sem utilidade, sem serventia para determinada pessoa e não o ser para outra;

(d) no caso dos produtos em questão, os quais decorrem de sobras do processo de fabricação (carrinhos de bebê e acessórios) da exportadora, os mesmos não mais têm para esta qualquer utilidade ou serventia, em razão de novas tendências de mercado (moda). Esclarece que o mercado externo é altamente competitivo e utilizar tecidos cujas estampas e cores estejam ultrapassadas (“fora de moda”), acarretaria imenso prejuízo à empresa, pois, certamente, os produtos fabricados seriam de difícil ou mesmo improvável comercialização;

(e) **sendo assim, os tecidos de estampas e cores que não correspondem às atuais tendências, ao invés de serem imediatamente descartados, foram encaminhados para sua coligada no Brasil, a fim de que esta possa verificar se os mesmos se coadunam com os interesses do mercado brasileiro e, caso negativo, providenciar outra destinação aos mesmos (ex.: inutilização, doação etc).** Aduz que os tecidos objetos da controvérsia se encontravam parados no estoque da empresaexportadora, no mínimo desde 2005, conforme demonstram os documentos anexos (doc. 03);

(f) depreende-se que embora a autoridade fiscal considere que é entendido como sucata, contabilmente, as sobras da produção em ESTADO NORMAL (ou seja, sem defeitos conforme é o caso), bem como que o preço estipulado na fatura invoice efetivamente corresponderia a preço de sucata, houve a descaracterização dos produtos como “sucata”, fundamentando-se no fato de estarem os tecidos, única e exclusivamente, em estado e condições normais. Assim, se constata a contrariedade no exposto pelo mesmo quanto ao que deva ser considerado como sucata, pois embora diga que poderiam ser enquadradas nestes termos as sobras de produção em estado normal, mais adiante descaracteriza as mesmas como tal, por estarem em estado normal;

(g) de qualquer forma, **estando a fiscalização embasada em mera dúvida, não há que se pretender atribuir conduta fraudulenta à impugnante,** pois, mesmo que a

autoridade fiscal estivesse com a razão, no sentido de as mercadorias não serem sucatas, o que se cogita por mera argumentação, estaríamos diante de erro escusável (boa-fé), sendo que a classificação fiscal inadequada pode ser corrigida quando do despacho aduaneiro, podendo eventual diferença de tributo ser objeto de lançamento suplementar, não havendo que se falar em qualquer dano ao Erário;

(h) é notória a natureza desproporcional e confiscatória da multa aplicada, pois não guarda relação com o valor do benefício imputado, sendo competência do julgador administrativo apreciar a constitucionalidade das normas;

(i) requer, ao final, o cancelamento da autuação ou, caso assim não se entenda, então que seja revista a base de cálculo da multa aplicada, por ser medida de justiça.

Por meio de expediente datado de 05/10/2007 (fl. 216), a Alfândega do Aeroporto Internacional de Viracopos encaminhou a esta Delegacia de Julgamento, cópia da petição inicial da ação de Mandado de Segurança nº 2007.61.05.0114562, impetrada pela impugnante, em trâmite na 8ª Vara Federal de Campinas (fls. 217/239). Em 06/03/2008, foi recebida petição de lavra da impugnante (fls. 240/241), em que comunica que, à época da impugnação, não havia qualquer Auto de Perdimento lavrado, e que o mesmo fora efetivamente aplicado pelo Processo nº 19482.000046/200766.

Acrescenta que a autoridade fiscal "segurou" a lavratura do Auto de Perdimento, apenas para não incorrer na vedação expressa pelo § único do art. 634. Diante desse contexto, alega que o presente Auto de Crédito não pode prevalecer, sob pena de confisco, bem como manifesta afronta aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Todos os números de folhas citados neste acórdão são os atribuídos pelo "eproceto".

É o relatório." (e-fls. 261/263 - grifei)

Uma vez impetrado o referido Mandado de Segurança, a Impugnação apresentada não foi conhecida pelo referido acórdão, ementado nos seguintes termos:

"ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 30/01/2007

Ementa: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. CONCOMITÂNCIA COM AÇÃO JUDICIAL.

O recurso ao Poder Judiciário para discussão de matéria coincidente com aquela objeto do lançamento de ofício, antes ou após a lavratura do Auto de Infração, importa na renúncia de discutir a matéria objeto da ação judicial na esfera administrativa, uma vez que as decisões judiciais se sobrepõem às administrativas, sendo analisados apenas os argumentos não levados à apreciação judicial.

Impugnação Não Conhecida

Crédito Tributário Mantido" (e-fl. 260)

Intimada desta decisão em 28/11/2012 (e-fl. 268), a empresa apresentou Recurso Voluntário em 18/12/2012 (e-fls. 270/274) sustentando a ausência de concomitância na hipótese vez que "*em nenhum momento foi requerido na ação mandamental o cancelamento do presente auto de crédito, ao contrário, foi manifestado que a existência deste impedia a manutenção do auto de perdimento*" (e-fl. 273).

Em seguida os autos foram direcionados a este Conselho.

É o relatório.

Voto

Conselheira Relatora Maysa de Sá Pittondo Deligne

O Recurso Voluntário é tempestivo, adentrando em suas razões.

Como relatado, entendeu a decisão recorrida pela configuração da concomitância da discussão travada no presente processo com aquela traçada no Mandado de Segurança n.º 2007.61.05.011456-2, impetrado junto à 8ª Vara Federal de Campinas. Para uma melhor compreensão do problema posto sob análise deste Colegiado, especialmente em face do pedido genérico formulado pela empresa no Mandado de Segurança como veremos adiante, importante fazer um breve esclarecimento quanto ao objeto do presente processo administrativo e o objeto da ação judicial.

Em razão da empresa ter considerado que as mercadorias por ela importadas por meio da Declaração de Importação (DI) n.º 07/01268667 seriam "Sucatas", a fiscalização trouxe um robusto conjunto probatório para demonstrar que, na verdade, seriam mercadorias (tecidos) passíveis de serem utilizados pela empresa em sua produção. Com isso, a fiscalização evidenciou a falsidade ideológica das faturas, por trazerem preços muito inferiores aos valores de mercado, e demonstrou a ocorrência de dano ao erário, com a aplicação de duas infrações distintas:

(i) multa de 100% da diferença entre o preço declarado e o preço arbitrado, objeto do presente processo, de natureza administrativa (art. 88, parágrafo único, da Medida Provisória n.º 2158-35/2001; art. 633, I, do Regulamento Aduaneiro/2002); **e**

(ii) pena de perdimento das mercadorias, objeto do processo n.º 19482.000046/2007-66 (art. 105, VI, do Decreto-Lei n.º 37/1966; art. 23, IV e § 1º, do Decreto-Lei n.º 1455/1976 e art. 618, VI, do RA/2002).

Para a discussão da multa do item **(i)** a empresa apresentou a Impugnação Administrativa sustentando, em síntese:

(a) preliminarmente, o cerceamento do direito de defesa pelo fato de a autoridade fiscal haver indicado vários dispositivos legais, sem identificar especificamente qual a penalidade aplicada no caso e por indicar conjuntamente no Auto de Infração a aplicação de pena de perdimento;

(b) no mérito **(b.1)** o valor das mercadorias declarado estaria correto, face a subjetividade do conceito de "sucata" adotado pela empresa controladora no exterior, vez que as mercadorias estavam no estoque da empresa na Itália por mais de 2 (dois) anos; **(b.2)** a impossibilidade de se atribuir conduta fraudulenta à empresa, pois, ainda que as mercadorias não sejam sucatas, ela agiu com boa-fé (erro escusável), sendo que eventual diferença de tributo poderia ser objeto de lançamento suplementar, não havendo que se falar em dano ao Erário; **(b.3)** a desproporcionalidade e confiscatoriedade da multa aplicada por não guardar relação com o valor do benefício imputado.

Por sua vez, visando a célere liberação das mercadorias apreendidas no processo n.º 19482.000046/2007-66, posteriormente objeto da aplicação da pena de perdimento naquele mesmo processo indicada no item **(ii)** acima, a empresa impetrou o já mencionado Mandado de Segurança n.º 2007.61.05.011456-2. Com efeito, o ato coator contra o qual a

empresa se insurge naquele processo é o "AUTO DE INFRAÇÃO E TERMOS DE APREENSÃO E GUARDA FISCAL N.º 0817700/00034/28 — PROCESSO 19482-000.046/2007-66" (e-fl. 220).

Para respaldar o seu pleito, a empresa trouxe as mesmas alegações de mérito da Impugnação apresentada neste processo sintetizadas no item **(b.I)** acima, sustentando que o valor das mercadorias declarado estaria correto, e sustentou a impossibilidade da cobrança conjunta da pena de perdimento e da multa aplicada no presente processo. Contudo, ainda que de forma confusa, a leitura da inicial do Mandado de Segurança e de seu pedido evidencia que a discussão naquela ação se refere apenas à infração da pena de perdimento imposta, inexistindo um pedido que poderia implicar no cancelamento desta autuação.

Vejamos por trechos da inicial da referida ação judicial, acostada nos presentes autos às e-fls. 217/239:

✓ **Trecho dos fatos:**

"Contudo, em que pese o acima exposto quanto à confusão do que o mesmo considera sucata, bem como com relação à manifestação expressa de que o valor declarado corresponderia ao valor, de sucata, após o procedimento de apuração e formação de seu convencimento, - o Impetrado, arbitrando o "preço praticado" e, - defendendo existir fraude de documento (em razão da dúvida quanto As informações declaradas na fatura e DI.), aplicou multa de 100% (cem por cento) sobre a diferença do valor declarado e o valor por ele arbitrado (inciso I; artigo 633 do Decreto 4.543/02 — Regulamento Aduaneiro), por meio do AI n.º 10865.720.013/2007-67, de 10/07/2007.

Ocorre que, se não bastasse o descabimento da sanção acima, bem como a notória natureza confiscatória da mesma, cujo lançamento se encontra pendente de apreciação de Recurso Administrativo interposto (em 08/08/2007), o Impetrado, em 13/08/2007, lavrou AUTO DE INFRAÇÃO E TERMOS DE APREENSÃO E GUARDA FISCAL N.º 0817700/00034/28 — PROCESSO 19482-000.046/2007-66 (doc. 04), embasado em mera Norma de Execução, objetivando a aplicação da pena de perdimento da mercadoria.

Sendo assim, constata-se o notório abuso de autoridade pelo Impetrado, tendo em vista que a discussão se restringe a divergência relativa ao enquadramento das mercadorias como sucatas e, em consequência, ao valor da operação, sendo desproporcional as pretensas imputações de fraude, dolo, má-fé por parte da Impetrante, tendo em vista que a mesma é empresa idônea, cumpridora de suas obrigações para com a sociedade e com o fisco, existindo, ainda, impedimento constante no próprio Regulamento Aduaneiro quanto à aplicação de ambas as sanções (multa de 100% + pena de perdimento) - § único, artigo 634." (e-fl. 220 - grifei)

✓ **Trechos dos fundamentos jurídicos da discussão:**

"(ii) DO CONCEITO E UTILIZAÇÃO DO TERMO SUCATA.

Defende o Impetrado que o preço declarado estaria muito abaixo de mercado (subfaturado), tendo em vista que o produto importado não corresponderia ao descrito . na Fatura Invoice (desclassificação dos produtos pelo mesmo).

Tal assertiva se deve ao fato do Impetrado discordar . "do tratamento conferido às mercadorias em questão, pelo uso inadequado da expressão SUCATAS, com objetivo de induzir a fiscalização ao erro em relação ao valor declarado".

Denota-se claramente do acima exposto que a autoridade coatora imputa a utilização inadequada do termo "sucata", bem como atribui a ora Impetrante a conduta intencional de induzir a fiscalização a erro quanto ao valor declarado (má-fé)" (e-fl. 224 -grifei)

"(iii) DA PENA DE PERDIMENTO.

Toda penalidade possui caráter punitivo e é utilizada como meio de desestimular condutas indesejadas; contudo, o poder de impor penalidades não é ilimitado e absoluto, ao contrário, deve guardar estrita relação com a suposta falta.

No presente caso, a falta seria o recolhimento a menor dos tributos incidentes sobre a operação, pois o valor correspondente a estes seria o suposto "proveito" obtido pela Impetrante.

Todavia, verifica-se que o Impetrado pretende, além da imposição da penalidade correspondente a multa de 100% (cem por cento) sobre a diferença entre o preço declarado e o preço arbitrado, aplicar a pena de perdimento das mercadorias, com fundamento nos incisos VI e VII do artigo 105. do Decreto-Lei no 37166, inciso IV do artigo 23 do Decreto-Lei n.º 1455/76, incisos VI e VII do artigo . 618 do Regulamento Aduaneiro e Norma de Execução COANA n.º 9/06.

(...)

Depreende-se do disposto pelos artigos anteriormente citados que para ser aplicada a pena de perdimento, com fulcro nos mesmos, seria necessária caracterização do dolo do agente.

Tal exigência se abstrai em razão dos verbos falsificar" e "adulterar" que integram o ilícito administrativo, sendo tal exigência inerente ao núcleo do tipo.

Assim, há necessidade da intenção dolosa do importador (não bastando, portanto, a mera dívida) para a aludida tipificação, mesmo nas hipóteses em que o processo de valoração chegue a outro valor que não o declarado.

Desta forma, o dano ao Erário não se baseia na mera sonegação de tributos, ao contrário, requer um ânimo de burlar a fiscalização mediante falsificação, adulteração de documentos, etc. Sendo assim, a aplicação da pena de perdimento das mercadorias decorrente de falsidade documental, em virtude apenas de eventual constatação de subfaturamento, é medida excessivamente gravosa e destoa da tipificação sancionatória que exige a participação efetiva e dolosa do agente.

(...)

Sendo assim, tendo a empresa classificado as mercadorias em perfeita consonância com o sentido vernacular e estábil atribuído às mesmas (e, portanto, certa da legalidade de sua conduta), atribuindo valor compatível com esta classificação; eventual descaracterização, decorrente de entendimento diverso por parte do Impetrado, seria passível apenas, na mais otimista das hipóteses, de desencadear a instauração de procedimento de valoração aduaneira, com exigência do depósito da diferença dos tributos, mas não a retenção da mercadoria e conseqüente pena de perdimento.

Ressalta-se, ainda, que o Regulamento Aduaneiro já prevê uma multa específica para a hipótese de subfaturamento, conforme segue:

(...)

Conforme anteriormente exposto, referida penalidade já foi aplicada em face da Impetrante, por meio do A.I. 10865.720.013/2007-67, em 10/07/2007, em decorrência desta mesma DI..

Todavia, defende o Impetrado que a penalidade constante no artigo 633 (multa de 100%) não exclui a pena de perdimento, manifestando às fls. 17: "o auto de perdimento independe do lançamento ou não do auto de crédito, ou seja, sendo lavrado o auto da multa do art. 633, I, comina-se também a pena de perdimento da mercadoria".

(...)

Sendo assim, verifica-se que o Impetrado analisa o inciso I do artigo supra, sem se atentar ao disposto pelo seu parágrafo único, malferindo o escopo da norma, pois, obviamente, cumular ambas as sanções (que se' encontram entre as penalidades

de maior gravidade) configuraria confisco, em manifesta afronta aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, etc.

Ainda, não há que se alegar, eventualmente, que o impedimento constante no parágrafo único do artigo 634 é meramente temporal, pois faltaria razão lógica para se pretender que a autoridade, após o devido processo de formação de seu juízo de convencimento, entendendo ser aplicável a pena de perdimento, não o fizesse imediatamente, aplicando simplesmente a multa de 100% e, após "aguardar um tempo", aplicasse a pena de perdimento da mercadoria, em razão de, por óbvio, se a tivesse aplicado no momento da finalização de seu juízo de convencimento, teria ocorrido impedimento para a aplicação da sanção de 100%.

Assim, tendo o Impetrado (após o exercício de suas atividades fiscalizatórias e, conseqüentemente, depois de formado seu juízo de convencimento), não haver aplicado a pena de perdimento naquela oportunidade, mas optado por aplicar a sanção de 100% sobre a diferença imputada, não há que se pretender, nesta oportunidade, aplicar a pena de perdimento, cumulando ambas as sanções, em notória natureza confiscatória, malferindo o escopo da norma.

O parágrafo único ao impor que a multa de 100% sobre a diferença entre o valor declarado e o arbitrado (art. 633, I, R.A.) somente pode ser lançada antes da pena de perdimento, decorre do fato de que a penalidade correspondente a esta é a mais grave a ser imposta aos contribuintes e, justamente por possuir esta natureza, se aplicada, exclui qualquer outra."

✓ **Pedido**

"Portanto, Douto Julgador, resta evidente a relevância dos fundamentos da impetração da presente medida e do ato impugnado, o que justifica concessão da liminar que ora se requer nos termos do artigo 7º, inciso II, da Lei 1.533/51, pois se não concedida nesse momento, restará ineficaz a ordem judicial se concedida a final, no sentido de:

a) Autorizar a imediata liberação das mercadorias de propriedade da empresa Impetrante — D.I. n.º 07/0126866-7, e, após, seja CONCEDIDO em definitivo o presente, pelos seus próprios fundamentos, por ser medida de JUSTIÇA!;

b) a notificação do Impetrado INSPETOR DA ALFÂNDEGA NO AEROPORTO INTERNACIONAL DE VIRACOPOS — CAMPINAS ou quem liar As vezes na coação ora impugnada, no endereço constante do preâmbulo, para que, querendo, apresente as devidas informações, dentro do interregno legal, corn as pronunciações de estilo;

c) Colher o sempre brilhante parecer do Ilustríssimo Representante do Ministério Público Federal."

Observa-se que a empresa não requereu em seu pedido o cancelamento da exigência da multa objeto do presente processo, tão somente da pena de perdimento aplicada e a necessidade da liberação das mercadorias.

Tal como indicou a r. decisão recorrida e como visto, efetivamente a argumentação desenvolvida na Impugnação foi coincidente com aquela desenvolvida na ação judicial, vez que a causa fática para a aplicação das duas infrações foi a mesma (subvaloração de mercadorias e a falsidade das faturas emitidas). Contudo, tratando-se de infrações autônomas, e uma vez que foi levada à apreciação do judiciário o cancelamento apenas da infração de pena de perdimento, necessário que seja analisado no presente processo os argumentos de mérito suscitados pela empresa especificamente quanto a infração de multa (item **b** acima).

Desta forma, não se vislumbra na hipótese a existência de concomitância indicada pela r. decisão recorrida. Isso porque o objeto do presente processo administrativo

(requisitos de aplicação da multa de subvalorização do art. 633, I, do RA/2002) não foi objeto de apreciação pelo judiciário, não cabendo se falar em concomitância na forma do art. 87 do Decreto nº 7.574/2011 e da Súmula CARF n.º 1:

Decreto 7.574/2011

"Art. 87. A existência ou propositura, pelo sujeito passivo, de ação judicial com o mesmo objeto do lançamento importa em renúncia ou em desistência ao litígio nas instâncias administrativas (Lei no 6.830, de 1980, art. 38, parágrafo único).

Parágrafo único. O curso do processo administrativo, quando houver matéria distinta da constante do processo judicial, terá prosseguimento em relação à matéria diferenciada." (grifei)

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." (grifei)

Assim, afastada a existência de concomitância levantada pela decisão de primeira instância, que não analisou os argumentos de mérito trazidos em sede de Impugnação sintetizados no item **b** acima, o processo deve retornar à autoridade julgadora para manifestação sobre o mérito, sob pena de supressão de instância, conforme entendimento desta turma (vide, por exemplo, o Acórdão n.º 3402-004.603, de minha relatoria) e deste E. CARF:

"Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 01/09/1989 a 31/05/1991

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. CONCOMITÂNCIA. INEXISTÊNCIA.

Inexistindo concomitância entre o processo administrativo e o judicial, deve ser anulada a decisão recorrida, para que seja analisada a questão de mérito, sob pena de supressão de instância.

Recurso Voluntário Provido em Parte." (Número do Processo 10580.013421/99-11 Sessão 25/06/2013. Relator Nilton Luiz Bartoli, Nº Acórdão 3201-001.392 - Unânime - grifei)

"Processo Administrativo Fiscal

Data do fato gerador: 30/01/2002

NÃO HÁ CONCOMITÂNCIA DE OBJETO ENTRE ESTE PROCESSO E AÇÃO JUDICIAL ANTERIOR. Não se caracterizou a concomitância de objeto com processo judicial nem tampouco se pode afirmar que o objeto do presente processo coincida com a questão efetivamente enfrentada pelo Judiciário, que se restringiu exclusivamente a conceder liminar para liberação da mercadoria importada sem constrangimento por parte do fisco. A lide administrativa foi iniciada dois anos depois de haver sido encerrada sem julgamento do mérito a ação mandamental cuja sentença transitada em julgado apenas confirmou a liminar liberatória da mercadoria importada e homologou a expressa desistência do autor quanto aos demais pedidos inicialmente apresentados para que fossem apreciados administrativamente.

SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA DE JULGAMENTO. A indevida negativa de conhecimento do mérito pela instância julgadora a quo representa empecilho à ampla defesa e negação de garantia do contribuinte ao duplo grau de jurisdição. NULIDADE DA DECISÃO RECORRIDA. Deve ser anulada a decisão recorrida por cerceamento ao direito de defesa, devendo ser a devolução integral da matéria de mérito à apreciação da Delegacia de Julgamento competente.

"Processo Anulado" (Número do Processo 10907.000672/2002-35 Data da Sessão 16/10/2007 Relator Zenaldo Loibman Nº Acórdão 303-34.758 - Unânime - grifei)

"(...) NÃO HÁ CONCOMITÂNCIA ENTRE O PROCESSO JUDICIAL E O ADMINISTRATIVO.

Trata-se de empresa exclusivamente prestadora de serviços; a interessada não comprovou a afirmação de que auferiu receita de venda de mercadorias, ao contrário, nas suas declarações DIRPJ de 1990 a 1993 indicou apenas receitas de prestação de serviços, confirmadas nas cópias do Livro de Registro de Serviços Prestados.

O objeto da ação judicial movida pelo sinduscon, e transitada em julgado em 1994, é o pedido de aplicação da alíquota de 0,5% para as empresas exclusivamente prestadoras de serviços, enquanto o processo administrativo tem por objeto o pedido de compensação.

SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

O pedido não foi julgado. O processo deve retornar à primeira instância para que julgue o mérito da compensação requerida.

ANULADA A DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA." (Número do Processo 14052.003131/93-10 Data da Sessão 18/03/2004 Relator Zenaldo Loibman Nº Acórdão 303-31.320 - Unânime - grifei)

Aqui faço duas observações que entendo ser relevantes

Primeiramente quanto a extensão da nulidade: observa-se que o argumento de nulidade trazido preliminarmente na Impugnação (item **a** indicado acima) já foi devidamente enfrentado pela decisão recorrida e não foi objeto do Recurso Voluntário ora sob análise, que restringiu sua inconformidade à ausência de concomitância. Como consta da r. decisão:

"A leitura do Termo de Verificação e Descrição dos Fatos (fls. 07/18), demonstra, todavia, que os fatos que suscitaram a autuação foram suficiente e claramente descritos, bem como que a sanção aplicada neste processo trata-se da multa prevista no art. 633, I, do Decreto nº 4.543/2002.

Logo, sem razão a impugnante, pelo que reputamos superada a preliminar arguida." (e-fl. 264 - grifei)

Desta forma, a nulidade se restringe à análise de mérito do item **b** acima.

Além disso, a meu ver, para garantir a coerência das decisões tomadas em face do mesmo sujeito, seria importante que o convencimento do julgador administrativo considerasse a decisão já tomada pelo Poder Judiciário quanto ao item **(b.1)** da defesa sintetizado acima (natureza da Sucata), vez que já apreciado naquela seara exatamente em razão da análise da validade da pena de perdimento.

Como se observa do extrato de andamento do processo¹, atualmente, após negativa de seguimento do Recurso Especial interposto pelo contribuinte, foi mantido o

¹ Disponível em <http://web.trf3.jus.br/consultas/Internet/ConsultaProcessual/Processo?NumeroProcesso=200761050114562>. Acesso em 06/06/2018

acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que negou provimento ao agravo interposto pela empresa em face da decisão monocrática que negou provimento à Apelação da empresa, ainda pendente de trânsito em julgado, ementado nos seguintes termos:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ARGUMENTOS QUE NÃO ABALAM A FUNDAMENTAÇÃO E A CONCLUSÃO EXARADAS NA DECISÃO VERGASTADA. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO.

1. AGRAVO interposto por BURIGOTTO S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO, contra decisão monocrática proferida por este Relator que negou seguimento à apelação interposta em face de sentença (fls. 340/343) proferida pelo Juízo da 8ª Vara Federal de Campinas/SP que denegou a segurança pleiteada.

2. Os argumentos apresentados no agravo não abalam a fundamentação e a conclusão exaradas na decisão vergastada, a qual esgotou todos os argumentos deduzidos nas razões recursais.

3. Os elementos constantes dos autos demonstram que os valores informados nos documentos necessários ao desembaraço das mercadorias - mais de 22.000 kg de tecidos e laminados plásticos - são menores do que o valor efetivo das mesmas, sendo que atribuir-lhes a definição de sucata só seria possível após análise quanto à possibilidade de sua aceitação no mercado brasileiro. Nos termos do Termo de Verificação e Descrição dos Fatos, confeccionado no âmbito da Receita Federal, as mercadorias apreendidas são constituídas de "tecidos e malhas de valor comercial, com preço e mercado bastante definidos, apresentando-se em estado e condições normais aos praticados no setor têxtil", concluindo, assim, "que o efeito pretendido do interessado foi a importação de matéria-prima, porém descrito com preço de sucata". A impetrante/agravante ressalta que pertenciam ao mesmo grupo econômico da exportadora, logo, partilham dos mesmos interesses de mercado. Se a importação ocorreu com vistas à utilização da mercadoria para produção no Brasil, não se pode aquiescer com a atribuição à mercadoria da qualidade de sucata. Além disso, a própria empresa impetrante afirma expressamente que importou as mercadorias no propósito de utilizá-las na fabricação de uma linha especial de produtos com edição limitada, ou seja, a BURIGOTTO tinha ciência de que os tecidos e laminados importados lhe serviriam como matéria-prima e, ainda assim, atribuiu às mercadorias, indevidamente, o valor de sucata.

4. A decisão atacada demonstrou que está em sintonia com o entendimento desta Egrégia Corte (AMS 00017842220074036119, SEXTA TURMA, Desembargador Federal MAIRAN MAIA, j. 8/11/2012, e-DJF3 22/11/2012), no que concerne à aplicação cumulativa de 2 (duas) penalidades, ambas bem fundamentadas, tendo em vista que decorreram de 2 (duas) infrações distintas, uma de natureza administrativa (pena de multa: artigo 88, § único, da Medida Provisória nº 2158-35/2001; artigo 633, I, do Regulamento Aduaneiro) e outra definida como dano ao erário (pena de perdimento: artigo 105, VI, do Decreto-Lei nº 37/1966; artigo 23, IV e § 1º, do Decreto-Lei nº 1455/1976 e artigo 618, VI, do Regulamento Aduaneiro), para as quais foram determinadas sanções diferentes.

5. Agravo legal improvido." (TRF3, 6ª Turma, Acórdão 11416/2014 Agravo Legal em Apelação Cível 2007.61.05.011456-2/SP Relator Desembargador Federal Johansom Di Salvo. DJe nº 122/2014, 15/07/2014 - grifei)

Diante do exposto, voto por dar parcial provimento ao Recurso Voluntário para anular a decisão recorrida em face da inexistência de concomitância, com o retorno dos autos à DRJ/SPO para apreciação dos argumentos de mérito trazidos na Impugnação.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Maysa de Sá Pittondo Deligne.