



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

Processo n° 10909.000603/2009-88
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3002-000.585 – Turma Extraordinária / 2ª Turma
Sessão de 24 de janeiro de 2019
Matéria CONCOMITÂNCIA
Recorrente ORIENTADOR ALFANDEGÁRIO COM L IMP E EXP LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 14/02/2008

ARGUMENTO DE AFRONTA A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.

Nos termos da súmula CARF nº 02, este Conselho não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

NULIDADE DA DECISÃO RECORRIDA. INEXISTÊNCIA.

Não tendo sido verificada qualquer nulidade na decisão recorrida, deverá ser indeferido o pedido de retorno dos autos à DRJ para nova decisão.

CONCOMITÂNCIA. AÇÃO JUDICIAL. RENÚNCIA À ESFERA ADMINISTRATIVA. DEFINITIVIDADE DO CRÉDITO.

A opção pela via judicial, antes, após ou concomitantemente à esfera administrativa, importa em renúncia às instâncias recursais administrativas, devendo ser declarada a definitividade administrativa do crédito lançado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do Recurso Voluntário, não conhecendo dos argumentos relacionados à violação a princípios constitucionais. Também por unanimidade, acordam em afastar a preliminar de nulidade da decisão da DRJ e em negar provimento ao Recurso Voluntário.

(assinado digitalmente)

Larissa Nunes Girard - Presidente

(assinado digitalmente)

Maria Eduarda Alencar Câmara Simões - Relatora

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Larissa Nunes Girard (Presidente), Maria Eduarda Alencar Câmara Simões (Relatora), Carlos Alberto da Silva Esteves e Alan Tavora Nem.

Relatório

Por bem relatar os fatos, adoto o relatório da decisão da DRJ, às fls. 511/512 dos autos:

Trata-se de auto de infração (fls. 02 a 09), notificado ao contribuinte em 18/02/2009, referente à multa por cessão de nome, no valor total igual a R\$ 21.641,59, com base no art. 33 da Lei 11.488/2007.

A autuação é decorrente da constatação, no âmbito do processo administrativo 10909.005316/2008-83, de que houve a ocultação do real adquirente das mercadorias importadas através da DI 08/0235728-2, onde constou como importador a empresa Orientador Alfandegário Comercial Importação e Exportação Ltda, quando na verdade seria a empresa Acoplamento Comércio Ltda.

No curso do processo administrativo acima citado foi aplicada a pena de perdimento às mercadorias, após conclusão de procedimento especial de controle aduaneiro.

Em 10/03/2009, o contribuinte apresentou sua impugnação (fls. 206 a 249), tratando tanto do auto de infração que apreendeu as mercadorias no curso do despacho aduaneiro, como o auto de infração da multa pela cessão do nome a terceiro, alegando, em síntese:

- a) que o auto de infração seria nulo, já que teria se baseado em procedimento fiscal nulo;
- b) que as provas anexadas ao processo de perdimento foram obtidas por meio ilícito;
- c) que teria havido violação do sigilo de correspondência;
- d) que a fiscalização teria agido com abuso de autoridade e em afronta aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade;
- e) que não teria sido configurado o dano ao erário e a ocultação de terceiros;

Ao final demanda pela improcedência do procedimento fiscal.

Consta ainda do processo que a interessada ingressou com Ação Ordinária (2009.72.08.000735-0) perante a Seção Judiciária de Itajaí da Justiça Federal em que insurge-se contra ambas as autuações (apreensão das mercadorias e a multa aqui tratada).

Em tal ação judicial foi realizado depósito judicial do valor correspondente à multa aplicada, conforme documento de fls. 361.

O contribuinte juntou, com a impugnação, procuração e atos constitutivos da empresa (fls. 250/260).

À fl. 261, consta solicitação de cancelamento da inscrição do débito em dívida ativa, e de manifestação da DRJ acerca da tempestividade da impugnação apresentada. À fl. 262, consta a prestação de informações pela PGFN. Às fls. 265, 268/269, constam esclarecimentos acerca das datas a serem consideradas na análise do processo, entre elas a da ciência do contribuinte.

Às fls. 270/277, consta informação fiscal na qual se faz o relato de ações judiciais que guardam relação com os fatos objeto do presente processo administrativo.

Conforme documentos de fls. 278/508, foram anexadas ao processo cópias de peças dos processos judiciais ajuizados pelo interessado para serem considerados neste processo.

Ao analisar o caso, a DRJ entendeu, por unanimidade de votos, não conhecer da impugnação do contribuinte, declarando a definitividade do crédito tributário lançado, conforme decisão que restou assim ementada:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 14/02/2008

CONCOMITÂNCIA COM AÇÃO JUDICIAL. RENÚNCIA A ESFERA ADMINISTRATIVA. NÃO CONHECIMENTO DA IMPUGNAÇÃO. DEFINITIVIDADE DO CRÉDITO

A opção pela via judicial, antes, após ou concomitantemente à esfera administrativa, importa em renúncia às instâncias recursais administrativas, impondo o não conhecimento da matéria versada na impugnação, cujo objeto está sendo discutido simultaneamente em ambas as esferas de julgamento, devendo ser declarada a definitividade administrativa do crédito lançado.

Impugnação Não Conhecida

Crédito Tributário Mantido

O contribuinte foi intimado acerca desta decisão em 18/08/2017 (vide Termo de ciência por abertura de mensagem à fl. 521 dos autos) e, insatisfeito com o seu teor, interpôs, tempestivamente (vide registro de solicitação de juntada datada de 12/09/2017, à fl. 524), Recurso Voluntário (fls. 525/531).

Em seu recurso, o contribuinte alegou que inexistia concomitância entre este processo administrativo e o processo judicial 2009.72.08.000735-0 a impedir o conhecimento de sua impugnação, pois, para tal, seria necessária a identidade de pedido e de causa de pedir, o que não seria o caso, devido às alegações tecidas, abaixo sintetizadas.

O contribuinte afirma que, em sua impugnação, teria alegado: i) suspensão da pena de multa pela suspensão do perdimento; ii) nulidade do auto de infração por incompetência da autoridade emitente do MPF; iii) nulidade do auto de infração por desrespeito à forma de processamento dos arquivos magnéticos; iv) nulidade das provas (troca de e-mails) obtidas sem autorização judicial; v) violação aos princípios da isonomia, da moralidade administrativa, do não confisco; vi) incorreção da sujeição passiva; vii) correção do tipo de operação (inexistência de operação por conta e ordem de terceiros); viii) elisão fiscal com propósito negocial; ix) insuficiência de provas para demonstrar o ilícito; x) inexistência de fraude.

Já na ação judicial, os argumentos apresentados seriam: i) nulidade do MPF e do AI, pois lavrado por autoridade incompetente; ii) correção do tipo de operação (inexistência de operação por conta e ordem de terceiros); iii) nulidade das provas (troca de e-mails) obtidas sem autorização judicial; iv) nulidade do AI, pois baseado em provas ilícitas.

O recorrente aponta que a própria decisão recorrida teria citado parte da matéria da impugnação na qual teria constado argumento não integrante da ação judicial. Assim, argumentando que a causa de pedir posta nas duas esferas (administrativa e judicial) é parcialmente distinta, requereu a devolução do processo para a primeira instância, para que esta aprecie os argumentos do presente processo que não se encontram no processo judicial. Subsidiariamente, requereu o julgamento do mérito por este Conselho, reiterando integralmente as razões de sua impugnação.

Não juntou novos documentos em seu recurso.

Os autos, então, vieram-se conclusos para fins de análise do Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte.

Voto

Conselheira Maria Eduarda Alencar Câmara Simões - Relatora:

O Recurso Voluntário é tempestivo e reúne os demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento.

A narrativa acima realizada, constata-se que se apresenta incontroversa nos presentes autos a concomitância no que tange aos seguintes argumentos constantes da impugnação: ii) nulidade do auto de infração por incompetência da autoridade emitente do MPF; iv) nulidade das provas (troca de e-mails) obtidas sem autorização judicial; vii) correção do tipo de operação (inexistência de operação por conta e ordem de terceiros). Quanto a estes argumentos, o próprio Recorrente reconhece que os mesmos são objeto da ação judicial ajuizada.

Defende o Recorrente, contudo, que alguns dos fundamentos trazidos em sua impugnação não teriam sido objeto da ação judicial ajuizada, quais sejam: i) suspensão da pena de multa pela suspensão do perdimento; iii) nulidade do auto de infração por desrespeito à forma de processamento dos arquivos magnéticos; v) violação aos princípios da isonomia, da moralidade administrativa, do não confisco; vi) incorreção da sujeição passiva; viii) elisão fiscal com propósito negocial; ix) insuficiência de provas para demonstrar o ilícito; x) inexistência de fraude.

Nesse contexto, requer a devolução dos autos à DRJ, para que sejam apreciados tais argumentos de defesa (pedido implícito de reconhecimento de nulidade da decisão recorrida) e, subsidiariamente, que seja julgado o mérito em seu favor.

Ou seja, reconhece o Recorrente em seu Recurso que os pedidos de ambas as demandas são idênticos, visto que visam, tanto na esfera administrativa quanto na esfera judicial, o cancelamento da exigência fiscal objeto da presente demanda. Fundamenta, porém, que determinadas causas de pedir seriam distintas, o que levaria à sua necessária apreciação na esfera administrativa, quando não suscitadas na esfera judicial.

De início, é importante delinear os contornos necessários ao reconhecimento da concomitância. Isso porque, entendo que há situações em que, embora tenha havido o ajuizamento de demanda judicial, tal fato não leva necessariamente ao reconhecimento da concomitância quanto à integralidade da impugnação administrativa apresentada. A confirmação da concomitância, portanto, em meu entender, deverá ser verificada casuisticamente, a depender das circunstâncias específicas do caso concreto sob análise.

Sobre o tema, traz-se à colação o teor da súmula nº 01 do CARF, *in verbis*:

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.

Ao interpretar o conteúdo desta súmula, penso que restou consignado que a concomitância será reconhecida quando as demandas administrativa e judicial possuírem o mesmo objeto (requisito obrigatório). Contudo, deixará de ser reconhecida quando, em que pese terem o mesmo objeto, possuam matérias distintas a serem apreciadas, estas entendidas como diferentes causas de pedir. Para tanto, é necessário que haja, de fato, uma causa de pedir distinta, pois somente esta estará apta a afastar o reconhecimento da concomitância.

Feitas essas considerações iniciais, passo à análise do caso concreto em tela.

De início, penso relevante observar a cronologia dos fatos. A impugnação fora apresentada pelo contribuinte *in casu* em 10/03/2009, ao passo que a Ação Ordinária nº 2009.72.08.000735-0, por meio da qual buscava discutir o lançamento tributário aqui combatido, fora ajuizada em 27/11/2009. Ou seja, quando do ajuizamento da referida Ação Judicial, a Recorrente tinha pleno conhecimento de todas os eventuais fundamentos de combate ao auto de infração lavrado. Logo, a não menção na esfera judicial a determinados fundamentos já trazidos em seu recurso administrativo foi uma opção do próprio Recorrente.

Mencione-se, ainda, que a referida Ação Ordinária em referência já transitou em julgado desfavoravelmente ao contribuinte, tendo sido decidido naqueles autos pela impossibilidade de julgamento do mérito da contenda, em razão da coisa julgada material decorrente do julgado realizado no mandado de segurança n.º 2008.72.08.004169-8. A seguir, transcreve-se passagem do voto proferido pelo Relator da Apelação Cível nº 2009.72.08.000735-0/SC:

A sentença extinguiu o feito sem julgamento de mérito, ao entendimento de que há coisa julgada em relação ao mandado de segurança anteriormente impetrado pela autora, relativo ao mesmo fato tratado nos autos, qual seja, a apreensão de mercadorias (quatro motores utilizados para a propulsão de embarcações) durante procedimento fiscalizatório, sob a acusação de que a importação se deu para ocultação do sujeito passivo.

De fato, antes de ajuizar a presente ação ordinária, a autora impetrou o mandado de segurança n.º 2008.72.08.004169-8 com mesma causa de pedir próxima (situação fática em que é embasada, qual seja, a apreensão) e remota (ilegalidade da pena de perdimento) e pedido (por certo o pedido de liberação

no *mandamus* está abrangido pelo pedido anulatório formulado na presente ação ordinária). Conforme se infere da leitura da sentença exarada na ação mandamental (cópia às fls. 439/443), o autor fundamentou sua pretensão na não ocorrência de interposição fraudulenta de terceiros e dano ao erário, bem como na nulidade das diligências que culminaram com o perdimento (violação ao sigilo de correspondência e inviolabilidade do domicílio profissional e ausência de perícia), alegações que ora repisa na ação ordinária. A sentença de mérito, que denegou a segurança, foi confirmada por esta Corte quando do julgamento da AMS N.º 2008.72.08.004169-8, tendo a decisão transitado em julgado, conforme consulta processual anexa às fls. 453/454.

Efetivamente, a matéria já foi exaustivamente analisada quando do julgamento da AMS N.º 2008.72.08.004169-8 (j. em 09/06/2009, pela 2ª T. do e. TRF da 4ª Região, de minha relatoria), que confirmou a sentença em acórdão que foi assim ementado:

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPORTAÇÃO DE MERCADORIAS. PROCEDIMENTO ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. IN 206/02. RETENÇÃO DE MERCADORIAS. SIGILO DE DADOS FISCAIS. IMPORTAÇÃO POR CONTA E ORDEM DE TERCEIRO OU POR ENCOMENDA. NECESSIDADE DE PRÉVIA HABILITAÇÃO. OCULTAÇÃO DO VERDADEIRO IMPORTADOR. PENA DE PERDIMENTO.

1. A Lei n.º 10.637/2002, ao dar nova redação ao art. 23 do Decreto-Lei n.º 1455/76, criou outra hipótese à aplicação da pena de perdimento da mercadoria, que diz respeito às pessoas e empresas envolvidas em ocultação do verdadeiro responsável pela importação. 2. Conforme entendimento manifestado pela Corte Especial deste TRF quando do julgamento do incidente de argüição de inconstitucionalidade na AMS n.º 2005.72.01.000181-9, Rel. Des. Federal Otávio Roberto Pamplona, D.E. publicado em 17/12/2007, não há vício de inconstitucionalidade nos §§ 2º e 3º do art. 11 da Lei 9.311/96, nos arts. 5º e 6º da Lei Complementar n.º 105/2001 e no art. 1º da Lei 10.174/2001, na parte que deu nova redação ao § 3º do art. 11 da Lei 9.311/96. Até o advento da Lei 9.311/96, as informações obtidas mediante a "quebra" do sigilo bancário diretamente pela autoridade fiscal não poderiam originar lançamento tributário. Na sua vigência, era possível o lançamento tributário concernente apenas à CPMF. Após a Lei 10.174/01, facultou-se ao Fisco a utilização das informações bancárias concernentes à CPMF para instaurar procedimento administrativo objetivando verificar a existência de crédito tributário relativo a outras contribuições e impostos, bem como para o respectivo lançamento. 3. Não há confundir a base física em que dispostos os dados com a proteção constitucional à comunicação dos mesmos. Precedentes do e.STF. 4. Consoante o artigo 2º da IN/SRF n.º 225/2002, é necessária a habilitação prévia do importador em operação por conta e ordem do adquirente ou por encomenda, mediante a apresentação do contrato, dentre outros documentos, à Receita Federal. 5. Mercadoria importada pode ser retida pela autoridade alfandegária para que se apure a ocorrência de irregularidade punível com a pena de perdimento, desde que estejam

demonstrados veementes indícios de sua existência (art. 68 da Medida Provisória n.º 2158/01). 6. A Instrução Normativa n.º 228/02 dispõe sobre o procedimento especial de verificação da origem dos recursos aplicados em operações de comércio exterior e combate à interposição fraudulenta de pessoas. 7. No caso dos autos, há provas suficientes de indícios que, consoante as máximas de experiências, legitimam a presunção de existência de ocultação dolosa do real importador. 8. A importação por conta e ordem de terceiro e/ou por encomenda não observou a prévia habilitação. 9. A superveniência da Lei 11.281/06 não alterou a situação dos autos. A novel legislação (ao considerar que a importação promovida por pessoa jurídica importadora que adquire mercadorias no exterior para revenda a encomendante predeterminado não mais caracterizaria importação por conta e ordem de terceiros) manteve a necessidade de habilitação prévia da importadora. 10. A pena de perdimento deve ser imposta aos casos em que a interposição fraudulenta é presumida com fundamento em operação comercial onde a interposta empresa não possui capacidade econômica demonstrada, ou seja, os recursos são, na verdade, da real importadora. Analise da legislação aduaneira. 11. Sentença mantida.

Registre-se que a previsão legal da coisa julgada está contida no artigo 301, VI, §§ 2º e 3º, do CPC, ocorrendo quando se repete ação que já foi decidida por sentença e da qual não caiba mais recurso, sendo que a identidade entre as demandas se afigura quando ambas possuírem as mesmas partes, causa de pedir e pedido.

No presente caso, nada obstante as peculiaridades ínsitas à natureza de cada uma das ações, inafastável que o pedido formulado no mandamus anteriormente ajuizado para o afastamento da pena de perdimento e a consequente liberação das mercadorias apreendidas indentifica-se com o requerido na presente ação ordinária.

Sobre a impossibilidade de que a parte promova duas ações visando o mesmo resultado, vejam-se os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO.OFENSA AO ART. 535, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. OMISSÃO INEXISTENTE. FUNDAMENTOS CONTRÁRIOS AOS INTERESSES DAS PARTES. MANDADO DE SEGURANÇA. AÇÃO DE COBRANÇA. REDISCUSSÃO DO MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. COISA JULGADA.

1. A Corte a quo solucionou a quaestio juris de maneira clara e coerente, apresentando todas as razões que firmaram o seu convencimento, em perfeita consonância com o entendimento firmado por esta Corte Superior de Justiça, no sentido de que o direito reconhecido em mandado de segurança não pode ser rediscutido em via ordinária, sob pena de afronta à coisa julgada.

2. Agravo regimental desprovido.

(STJ, AgRg no REsp 993659, Quinta Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJU de 1º/12/2008).

PROCESSUAL - MANDADO DE SEGURANÇA - COISA JULGADA.

Se o juiz, no mandado de segurança, enfrenta o mérito da postulação diante da causa de pedir, sua decisão induz litispendência e opera efeitos de coisa julgada quanto aos fatos e fundamentos ventilados no mandamus, que passam a ser insuscetíveis de repetição em outra ação.

(TRF-4, AMS 2005.72.05.002536-7/SC, Rel. Des. Antonio Albino Ramos de Oliveira, DJU de 11/01/2006).

No presente caso, não há dúvida que a parte autora reproduziu a mesma ação anteriormente ajuizada, pois todas as questões da inicial relativas a vícios formais nas diligências que culminaram no perdimento e fraude no momento da importação foram definitivamente enfrentadas e rebatidas no mandado de segurança anteriormente proposto, com a consequente confirmação da pena de perdimento.

Assim, merece ser mantida a sentença.

Verifica-se, portanto, que o Recorrente já possui decisão judicial de mérito transitada em julgado em seu desfavor (proferida no MS nº 2008.72.08.004169-8). Apesar disso, insiste na apreciação de determinados argumentos na esfera administrativa, sob o fundamento de que, quanto aos mesmos, não teria havido renúncia à esfera administrativa.

De início, penso que este argumento não faz muito sentido quando se analisa a cronologia dos fatos acima indicada, em que a demanda judicial fora ajuizada posteriormente à apresentação de impugnação administrativa.

Como se não bastasse, da análise dos fundamentos apontados pelo Recorrente, verifica-se que nenhum deles configuram uma causa de pedir distinta da que fora objeto da ação judicial ajuizada. É o que será devidamente analisado em sucessivo.

Quanto ao pedido de i) suspensão da pena de multa pela suspensão do perdimento, verifica-se que este representa um pedido provisório, cuja apreciação perde o sentido na medida em que o mérito da contenda já tenha sido julgado em definitivo.

No que tange ao fundamento de iii) nulidade do auto de infração por desrespeito à forma de processamento dos arquivos magnéticos, verifica-se que o argumento de nulidade do auto de infração fora objeto da ação judicial ajuizada. Sobre este ponto, inclusive, reproduz-se novamente passagem do voto acima transcrito: *“todas as questões da inicial relativas a vícios formais nas diligências que culminaram no perdimento e fraude no momento da importação foram definitivamente enfrentadas e rebatidas no mandado de segurança anteriormente proposto”*.

Já o argumento relacionado à v) violação aos princípios da isonomia, da moralidade administrativa e do não confisco, ou mesmo aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade (esses últimos indicados no relatório da decisão recorrida, consoante destacado pelo Recorrente em seu Recurso), todos estes princípios amparados pela Constituição Federal, é cediço que a Administração Pública, seja por meio de julgamento da DRJ, seja por meio de julgamento do CARF, não possui competência para afastar a aplicação de norma tributário sob o fundamento de inconstitucionalidade. Nesse sentido, traga-se à colação o teor da súmula CARF nº 02:

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

Por fim, quanto aos demais fundamentos apontados pelo Recorrente em seu Recurso, quais sejam, vi) incorreção da sujeição passiva; viii) elisão fiscal com propósito negocial; ix) insuficiência de provas para demonstrar o ilícito; e x) inexistência de fraude, verifica-se que todos estes estão relacionados ao mérito da presente contenda (correção no tipo de operação – inexistência de operação por conta e ordem de terceiros), já apreciado pelo Poder Judiciário, o qual concluiu que “*No caso dos autos, há provas suficientes de indícios que, consoante as máximas de experiências, legitimam a presunção de existência de ocultação dolosa do real importador*”.

Sendo assim, verifica-se que o contribuinte pretende, por meio do presente recurso, retardar o cumprimento de decisão judicial já transitada em julgado, sem que haja fundamento legal para tanto. O reconhecimento da concomitância fora corretamente realizado pela decisão recorrida, a qual há de ser mantida, por seus próprios fundamentos.

Da conclusão

Com fulcro nas razões supra expedidas, voto no sentido de conhecer em parte do Recurso Voluntário interposto, não conhecendo do argumento relacionado à violação a princípios constitucionais, e, quanto à parte conhecida, voto no sentido de afastar a preliminar de nulidade da decisão da DRJ suscitada e negar provimento ao Recurso Voluntário, mantendo a decisão recorrida que deixou de apreciar os fundamentos da impugnação apresentada, em razão da concomitância.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Maria Eduarda Alencar Câmara Simões - Relatora