



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11007.001701/2009-69
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3401-012.787 – 3ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 22 de março de 2024
Recorrente FIRST S.A
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 04/09/2009

PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA.

A matéria 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 do colegiado, por unanimidade de votos, por rejeitar a preliminar de prescrição intercorrente e, face a concomitância do presente processo administrativo e da Ação Ordinária no 5000745-88.2011.404.7103/RS, cabível a aplicação da Súmula CARF no 1 para fins de se caracterizar a renúncia ao julgamento nas instâncias administrativas e não conhecer dos demais argumentos do Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Marcos Roberto da Silva – Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Renan Gomes Rego, Matheus Schwertner Ziccarelli Rodrigues, Sabrina Coutinho Barbosa e Marcos Roberto da Silva (Presidente).

Relatório

Por economia processual e por relatar a realidade dos fatos de maneira clara e concisa, reproduzo o relatório da decisão de piso:

Trata o presente processo de auto de infração lavrado para exigência de crédito tributário no valor de R\$ 10.032,22 referente à multa prevista no artigo 33 da Lei nº 11.488/2007 decorrente da cessão do nome para acobertamento do real adquirente das mercadorias importadas.

A interessada foi submetida a procedimento especial de fiscalização da Instrução Normativa SRF n.º 206/2002, aplicado à mercadoria relacionada ao 4º e último embarque parcial da Declaração de Importação-DI n.º 09/1163691-3, DI registrada na modalidade de entrega fracionada, para importação de preformas PET de origem uruguaia, com base em indícios de ocultação irregular de terceiro.

O procedimento objeto dos autos originou-se a partir de procedimento fiscal anterior em que ficou constatado que a empresa First S.A atuava por encomenda de terceiros, sem que estes fossem devidamente identificados, de acordo com a legislação tributária. Em diligência a empresa transportadora Tora Transportes Industriais Ltda foram encontrados documentos que demonstravam que a mercadoria relacionada na fatura que instruiu a DI objeto destes autos destinava-se à empresa Refrescos Bandeirantes Indústria e Comércio Ltda.

Durante o primeiro procedimento de fiscalização foram efetuadas diversas intimações solicitando documentação e esclarecimentos para a empresa First S.A foram tomados depoimentos dos intervenientes nas operações- transportador e despachantes aduaneiros-, bem como do próprio diretor da empresa First, também foram colhidas mensagens eletrônicas das empresas First e da transportadora Tora Transportes Industriais. No procedimento relativos a estes autos também foi intimada a empresa Refrescos Bandeirantes Indústria e Comércio Ltda, destinatária das mercadorias, a apresentar esclarecimentos e documentos relativos a operação.

Em síntese concluiu a fiscalização

- A First S.A. atuava como mera intermediária nas operações de importação de preformas destinadas à empresa Refrescos Bandeirantes.*
- As preformas a serem importadas eram definidas pela empresa Refrescos Bandeirantes que encaminhava os pedidos diretamente à empresa exportadora Cristalpet S.A.*
- A empresa Refrescos Bandeirantes mantinha contato direto com a empresa Cristalpet, inclusive definindo características das mercadorias a serem importadas.*
- A empresa Refrescos Bandeirantes mantinha contato direto com a empresa Tora Transportes Industriais Ltda., tratando da logística das entregas de preformas, desde o carregamento junto ao fabricante até a entrega junto à sua planta industrial.*
- A empresa First procurou ocultar da fiscalização, no decorrer do procedimento fiscal, que as preformas por ela importadas, tinham destinatários predeterminados. A empresa somente veio a admitir esse fato a partir da descoberta de provas irrefutáveis pela fiscalização, em diligência junto à transportadora.*
- A mercadoria importada através da DI n.º 09/1163691-3 tinha como destinatário final e predeterminado a empresa Refrescos Bandeirantes.*
- Os recursos utilizados nas operações de importação pertenciam, ao que tudo indica, à empresa First S.A.*
- A empresa First S.A. atuava por encomenda de empresas que utilizam preformas Pet em seus processos produtivos, entre elas a empresa Refrescos Bandeirantes. A operação em questão enquadrou-se na modalidade de importação por encomenda, mas foi declarada em nome próprio ocultando a condição da empresa Refrescos Bandeirantes de encomendante e real destinatário das mercadorias.*
- As empresas Refrescos Bandeirantes (encomendante) e First S.A. (importadora) não cumpriram com os requisitos estabelecidos na IN SRF 634/2006 para a realização de importações por encomenda. Portanto, as importações, inclusive a relacionada à DI n.º 09/1163691-3, foram irregulares.*

- A verdadeira responsável pela operação de importação relativa à DI n.º 09/1163691-3, ou seja, aquela que deu causa à operação, foi a empresa Refrescos Bandeirantes.
- A conduta da empresa First S.A. configura a prática de ato simulado, uma vez que o verdadeiro negócio jurídico realizado (importação por encomenda) permaneceu oculto.
- Houve, em tese, utilização indevida de benefício fiscal relativo ao ICMS pelas empresas First S.A e Refrescos Bandeirantes, o que configura fraude tributária.

Desta forma finalmente concluiu que a empresa First S.A. ocultou a verdadeira destinatária da mercadoria e responsável pela operação relacionada à DI 09/1163691-3, empresa Refrescos Bandeirantes Indústria e Comércio Ltda., configurando a prática de ocultação do real comprador e responsável pela operação, mediante fraude e simulação.

Regularmente cientificada em 24/12/2009, a interessada apresentou impugnação de folhas 327 e seguintes. Em síntese, traz as alegações:

- nulidade do lançamento decorrente de vários vícios que maculam sua legalidade;
- consegue programar antecipadamente suas vendas em virtude das peculiaridades dos produtos e da habitualidade de seus clientes;
- a operação é uma importação por conta própria e não por encomenda, não houve qualquer dano ao erário porque a tributação independe da modalidade de importação e os tributos foram pagos;
- já foi penalizada com a pena de perdimento das mercadorias sendo ilegal a manutenção de ambas as exigências;

Ao final requer o processamento da impugnação para o fim de cancelar integralmente o Auto de Infração afastando-se as penalidades aplicadas e que seja apresentado o pedido de prorrogação do prazo para a conclusão do Mandado de Procedimento Fiscal (MPF), nos termos dos arts. 11 e 12 da Portaria RFB n 2 11.371, de 12 de dezembro de 2007.

É o relatório.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Curitiba – PR julgou improcedente a impugnação, mantendo o crédito tributário lançado conforme ementa do Acórdão n.º 06-63.127 a seguir transcrita:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO - II

Data do fato gerador: 04/09/2009

Acórdão sem ementa, em cumprimento ao disposto no art. 2º da Portaria RFB n.º. 2.724, de 27 de setembro de 2017

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Em síntese, a decisão recorrida foi no seguinte sentido:

Da análise das provas carreadas aos autos não resta nenhuma dúvida de que, efetivamente, a importadora First S.A., ao registrar as Declarações de Importação como se tratassem de importações diretas, estava, em verdade, ocultando a verdadeira adquirente das mercadorias importadas.

Essa é a conclusão que se chega quando se verifica que as notas fiscais de saída que ampararam as vendas às adquirentes das mercadorias possuem data de emissão coincidente ou de poucos dias depois da emissão das notas fiscais de entrada, que ampararam as mercadorias quando de sua importação. Para as mercadorias objeto destes autos a Nota Fiscal de saída foi emitida na mesma data da Nota Fiscal de entrada e antes mesmo de sua nacionalização.

Da mesma forma, comprovam a ocultação as mensagens eletrônicas trocadas diretamente entre a real adquirente Refrescos Bandeirantes e a exportadora no Uruguai sobre os pedidos, suas alterações, as programações e os problemas ocorridos com o carregamento das mercadorias (fls. 115 a 129 e 149 a 153); e, ainda, as mensagens entre Refrescos Bandeirantes e a transportadora sobre a logística da operação.

Merecem destaque as duas mensagens coladas abaixo: a primeira em que a empresa de comércio exterior responsável pela declaração de exportação no Uruguai menciona e anexa a Fatura n.º 7382 da Cristalpet (exportadora) para a Refrescos Bandeirantes (real adquirente) revelando que a mercadoria da DI n.º 09/1163691-3, objeto destes autos, destinava-se à empresa Refrescos Bandeirantes (fl. 175)3; e a segunda em que o Grupo José Alves ao qual pertence a empresa Refrescos Bandeirantes apresenta reclamação sobre o produto diretamente para o exportador, que emitiu carta de crédito em virtude dos problemas ocorridos:

(...)

Temos portanto, que restou plenamente demonstrado que a empresa Refrescos Bandeirantes possui o domínio de fato da operação de importação.

Também fazem concluir no mesmo sentido as declarações do despachante aduaneiro responsável pelo registro das Declarações de Importação em nome da First S.A. que recebia e providenciava, inicialmente, a troca das notas fiscais de entrada e saída.

Resta claro que, quando a importadora realizava as importações já sabia previamente qual seria a destinatária das mercadorias importadas, todavia, não declarava o fato à fiscalização, querendo fazer crer que se tratava de importações próprias quando, em verdade, não o eram.

Após diligência na empresa transportadora houve mudança de postura por parte da empresa First que passou a admitir que as mercadorias objeto deste processo estavam previamente destinadas à Refrescos Bandeirantes. Vide declaração do próprio diretor da empresa First para a fiscalização (fl. 204):

(...)

Um dos objetivos traçados pela Receita Federal do Brasil é pretender possuir controle absoluto sobre o destino de todas mercadorias e bens importados por empresas nacionais. A aplicação desta pena, assim como a de perdimento da mercadoria, não deriva da sonegação de tributos, muito embora tal fato se constate como efeito subsidiário, mas da burla aos controles aduaneiros.

Constatada a prática das duas condutas, ocultação e cessão de nome devem ser aplicadas as penalidades específicas para cada uma delas, visto que cada uma das multas tem natureza jurídica diversa devendo a fiscalização aplicá-las cumulativamente (art. 727, §3º do Decreto 6.759/20093). visto o caráter vinculativo de sua ação.

Inconformada com a decisão da DRJ, a interessada apresenta Recurso Voluntário contra a decisão de primeira instância com os argumentos a seguir elencados. Preliminarmente alega o seguinte: 1) A multa foi afastada judicialmente na Ação Ordinária n.º 5000745-88.2011.404.7103/RS; 2) A ocorrência da prescrição intercorrente. No mérito apresenta as

seguintes alegações: 1) Das Razões para a Reforma do Acórdão; 2) Da inocorrência de Interposição Fraudulenta de Terceiros, mediante Ocultação do Real Adquirente – Descabimento da Multa pela Cessão de Nome de Pessoa Jurídica; 3) Da Inexistência de Fraude e Simulação – Indevida Desconstituição/Desconsideração do Negócio Jurídico; 4) Dos Vícios de Motivação e Finalidade do Ato Administrativo; 5) Da Inaplicabilidade da Multa pela Cessão de Nome de Pessoa Jurídica (Lei n.º 11.488/07, art. 33), e da Configuração de Indevido *Bis In Idem*; 6) Da Necessidade de Relevação da Multa ante a Ausência do Elemento Danoso e Da Aplicação da Penalidade menos Gravosa em função da Presunção de Boa-Fé.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcos Roberto da Silva, Relator.

Conhecimento

O recurso voluntário atende aos requisitos formais de admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento.

Preliminar

A Recorrente alega dois pontos em sede de preliminar: 1) A multa foi afastada judicialmente na Ação Ordinária n.º 5000745-88.2011.404.7103/RS; e 2) o reconhecimento da ocorrência da prescrição intercorrente tendo em vista que o processo foi movimentado somente 8 anos após a apresentação da impugnação tempestiva.

1) Do afastamento da multa por decisão judicial na Ação Ordinária n.º 5000745-88.2011.404.7103/RS

A Recorrente afirma que a multa foi afastada nos autos da decisão judicial da Ação Ordinária n.º 5000745-88.2011.404.7103/RS com trânsito em julgado nos seguintes termos:

7. A referida sentença declarou a insubsistência da pena de perdimento aplicada às mercadorias importadas pela Recorrente, relacionadas no Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal n.º 1015600/27851/09, sob o argumento de não restarem configuradas as alegações de fraude ou simulação, indispensáveis à imposição da referida pena. Ademais, condenou a União ao pagamento de indenização em valor equivalente ao dos produtos registrados na DI n.º 09/116369-1, alvo do perdimento administrativo.

8. A propósito da parte dispositiva da sentença, a Recorrente apresentou Embargos de Declaração, defendendo a inaplicabilidade até mesmo da multa prevista no art. 33, da Lei n.º 11.488/2007, que também pressupõe conduta dolosa. E os Declaratórios foram acolhidos, sendo a referida multa afastada e substituída pela prevista no art. 711, III, do Regulamento Aduaneiro.

Ante o exposto, acolho os embargos para o fim de declarar a existência de contradição e, por conseguinte, alterar a parte dispositiva da sentença do Ev. 93, que passa a ter a seguinte formatação:

'Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos para (a) declarar insubsistente a pena de perdimento aplicada às mercadorias relacionadas no Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal n.º 1015600/27851/09, lavrado contra a autora, que originou o procedimento administrativo n.º 11007.001699/2009-28; (b) afastar a multa prevista no art. 33 da Lei n.º 11.488/2007, substituindo-a pela prevista no art. 711, III, do Regulamento Aduaneiro (Decreto n.º 6.759/2009), bem como (c) para condenar a União ao pagamento de indenização em valor equivalente ao dos produtos registrados na DI n.º 09/1163691-3, alvo do perdimento administrativo. (Grifou-se).

Verifica-se de fato que a decisão judicial consubstanciada nos autos da Ação Ordinária n.º 5000745-88.2011.404.7103/RS trata da pena de perdimento veiculada nos PAF 11007.001699/2009-28 e da penalidade prevista no art. 33 da Lei n.º 11.488/07 formalizada nos autos ora em análise. Conforme consta do relatório acima, a penalidade aplicada refere-se especificamente à cessão de nome consubstanciada na DI n.º 09/1163691-3.

Apesar de a Recorrente ter juntado decisão deste Conselho no sentido de aplicar a decisão judicial para resolução definitiva do PAF já nesta instância administrativa, entendendo que cabe à unidade de origem a aplicação da decisão judicial transitada em julgado face a concomitância verificada nesse estágio do processo administrativo.

Portanto, considerando a identificação da coincidência de objeto, pedido e causa de pedir do presente processo administrativo e da ação judicial em questão, cabível a aplicação da Súmula CARF n.º 1 para fins de se caracterizar a renúncia ao julgamento nas instâncias administrativas.

Diante do exposto, voto por não reconhecer do Recurso Voluntário.

2) Da Prescrição Intercorrente

Ainda em sede de preliminares, a respeito dos argumentos relacionados a prescrição intercorrente, é pacífica a jurisprudência deste Tribunal quanto a inexistência desse instituto no âmbito do processo administrativo tributário. Neste sentido, foi editada a Súmula CARF n.º 11 nos seguintes termos: “*Não se aplica a prescrição intercorrente no processo administrativo-fiscal*”.

Cabe destacar que a citada Súmula é de observância obrigatória pelos membros do CARF, nos termos do art. 72 do Anexo II do Regimento Interno do CARF (RICARF).

Diante do exposto, voto por rejeitar a preliminar de prescrição intercorrente.

Considerando a concomitância, restam prejudicados os demais argumentos do recurso voluntário. Destaque-se que a decisão judicial em 2ª instância decidiu pela substituição da multa, portanto relevante a decretação da concomitância para fins de se adequar o processo à decisão judicial.

Conclusões

Diante do exposto, VOTO por rejeitar a preliminar de prescrição intercorrente e, face a concomitância do presente processo administrativo e da Ação Ordinária n.º 5000745-88.2011.404.7103/RS, cabível a aplicação da Súmula CARF n.º 1 para fins de se caracterizar a renúncia ao julgamento nas instâncias administrativas e não conhecer dos demais argumentos do Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Marcos Roberto da Silva