



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 12266.723079/2015-01
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3001-001.008 – 3ª Seção de Julgamento / 1ª Turma Extraordinária
Sessão de 11 de novembro de 2019
Recorrente C. BORGES DO NASCIMENTO
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 12/03/2015

CONCOMITÂNCIA ENTRE OS PROCESSOS ADMINISTRATIVO E JUDICIAL. RENÚNCIA À INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA.

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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Marcos Roberto da Silva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Luis Felipe de Barros Reche - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Marcos Roberto da Silva (Presidente), Francisco Martins Leite Cavalcante e Luis Felipe de Barros Reche.

Relatório

Trata o presente processo de lide instaurada pela contribuinte em decorrência da aplicação da multa de 10% do valor aduaneiro da mercadoria importada, prevista no art. 33 da Lei nº 11.488/2007. A aplicação da penalidade decorreu do entendimento de que teria o contribuinte efetuado cessão de nome, ocultando o verdadeiro interessado nas importações, mediante o uso de interposta pessoa.

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 em 04/11/2015, em face do contribuinte em epígrafe, formalizando a exigência de multa proporcional ao valor aduaneiro (10% do V.A.), no valor de R\$ 6.233,45 em virtude dos fatos a seguir descritos.

O relatório fiscal tratou dos elementos caracterizadores da interposição fraudulenta na operação de importação amparada pela DI nº 15/0464881-3, registrada pela empresa **C BORGES, CNPJ 15.814.072/0001-40**, em 12/03/2015.

A fiscalização apurou que a empresa **C BORGES** agiu em nome da empresa **E B DO NASCIMENTO (CNPJ 08.858.537/0001-07)**, real beneficiária da importação, destinatário das mercadorias importadas.

As mercadorias apreendidas encontram-se no recinto alfandegado EADI AURORA DA AMAZÔNIA TERMINAIS E SERVIÇOS LTDA e ficarão sob guarda fiscal em nome e ordem do Ministro da Fazenda, como medida acautelatória dos interesses da Fazenda Nacional, nos termos do art. 25 do Decreto-Lei nº 1.455/76.

Nos termos do Art. 33 da Lei 11.488, de 20042, foi formalizado Auto de Infração para cobrança da multa de 10% à empresa **C BORGES, CNPJ 15.814.072/0001-40**, pela cessão de seu nome à empresa **E B DO NASCIMENTO, CNPJ 08.858.537/0001-07**, conforme apurado durante a Ação Fiscal.

Cientificado do auto de infração, pessoalmente, em 09/11/2015 (fls. 5), o contribuinte, protocolizou impugnação, tempestivamente em 09/12/2015, na forma do artigo 56 do Decreto nº 7.574/2011, de fls. 6.032 à 6.068, instaurando assim a fase litigiosa do procedimento.

O impugnante em sua defesa alegou os seguintes pontos:

- ✓ As empresas: **C. BORGES DO NASCIMENTO** e **E. B. DO NASCIMENTO**, são empresas de um único núcleo familiar, dirigidas mutuamente pelos seus representantes legais e procuradores, que são: **EDIVALDO BORGES DO NASCIMENTO** e **ELTON BORGES DO NASCIMENTO**, ambos os filhos da Sra. **CLEINE BORGES DO NASCIMENTO**, que na verdade é a **C. BORGES DO NASCIMENTO**, fato este inclusive, de ciência irrefutável da SAPEA/SRF, por meio de informações prestadas aos diversos Termos de Intimação, inclusive com os documentos que fazem parte do Relatório Fiscal do presente AI, em especial, as tratativas entre o Sr. Elton Borges do Nascimento (**E B DO NASCIMENTO**) e os fornecedores da **C BORGES DO NASCIMENTO**, tendo em vista seu total domínio na língua estrangeira, tanto falada como escrita;
- ✓ Ressalta-se, desde já, que na importação em tela, inexistem quaisquer ilícitos de interposição fraudulenta, considerando, como acima dito, que as empresas arroladas no AI em tela, são dirigidas mutuamente pelos irmãos, também referendados, que juntos, exercem a administração das empresas **C. BORGES DO NASCIMENTO** e **E. B DO NASCIMENTO**, bem como as representam em eventos nacionais e internacionais, sem falar que possuem Procuração para representa-la perante terceiros públicos e privados, conforme se prova com os documentos anexos;
- ✓ Desse modo a tirar pela leitura completa do Auto de Infração em tela, percebe-se que o mesmo é completamente inadequado e insubsistente, considerando que ele, trás, em seu conjunto, provas inconteste de que as empresas nele arroladas, pertencem a uma só família, onde as mercadorias são repassadas com o recolhimento de todos os tributos incidentes nas respectivas operações, inexistindo qualquer quebra da cadeia tributária, seja no que se refere ao IPI, seja no que se refere ao ICMS, até porque as mercadorias são repassadas acobertadas por Notas Fiscais;
- ✓ Inexistência de infração a Lei nº 11.488/07 e Decreto nº 6.759/09 por ausência de tipicidade de conduta;

- ✓ No procedimento de importação operacionalizado pela Impugnante, não há qualquer responsabilidade solidária (arts. 124, I e II, do CTN; bem como arts. 104, I e 106, III, do Decreto nº 6.759/2009; arts. 24, I, e 27, III, do Decreto nº 7.212/2010; arts. 5º, I, e 6º, I, da Lei 10.865/2004) entre esta, na condição de importadora com a empresa E B do NASCIMENTO, mesmo as empresas sendo parte do mesmo núcleo familiar;
- ✓ Inexistência de ocultação do sujeito passivo, assim como interposição fraudulenta em procedimento de importação. Inaplicabilidade da pena de perdimento;
- ✓ Cumpre ressaltar, que ao contrário do que diz o relatório fiscal, tem-se que pela inexigência do recolhimento do IPI, na ZFM, em razão de sua suspensão legal, não há como imputar as empresas dano ao erário público em razão deste tributo, porque não há quebra da cadeia do IPI, logo, não pode ser aplicada a pena de perdimento, e muito menos a pena de multa substitutiva, decorrente do IPI;
- ✓ Registra-se que a Impugnante, nos autos do TERMO DE INICIO DE PROCEDIMENTO ESPECIAL DE CONTROLE E DE RETENÇÃO DE MERCADORIAS - ALF/MNS/SAPEA Nº 14/2015, comprovou a origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados na operação que envolve as DI's 15/0464881-3 e 15/0466043-0, que retidas desde a data do dia 06.04.15, sendo que as mercadorias que compõem a DI 15/0466043-0, foi liberada, o que não justifica a manutenção da DI 15/0464881-3, considerando que a empresa C Borges não se eximiu de cumprir com sua obrigação de demonstrar a origem dos recursos, a modalidade de sua operações mercantis, a origem de seus produtos dentre outros esclarecimentos que lhes foram exigidos em procedimentos pretéritos, donde se registra a inaplicabilidade do perdimento de mercadoria ou multa substitutiva, na forma estatuída pelo art. 23, §§ 1º e 3º, do Decreto-lei 1.455/76;
- ✓ A impossibilidade da aplicação da pena de perdimento a mercadoria acobertada pela DI 15/0464881-3 - Empresa apta a importar e devidamente autorizada pelo SISCOMEX – Inexistência de dano ao Erário público, requisito ímpar do perdimento;
- ✓ A boa fé do grupo familiar.

DOS PEDIDOS

Por tudo acima exposto, requer-se a Vossa Senhoria, que se digne a JULGAR TOTALMENTE IMPROCEDENTE O PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO, pelos fundamentos atrás esboçados, para o fim de torna nula a penalidade que lhe é imposta no valor de R\$ 6.233.45 (...) porque no caso em tela não houve qualquer ocultação do sujeito passivo na operação internacional da DI nº 15/046481-3, como também a Impugnante não cedeu seu nome a terceiros na mesma operação.

1. Requer-se, pois, seja o presente Auto de Infração julgado insubsistente, sobretudo, porque não houve quebra da cadeia tributária e dano ao erário público, muito pelo contrário há recolhimento em dobro pela empresa arrolada no Auto de Infração em tela;
2. Requer-se, ainda, seja determinada a exclusão de toda e qualquer restrição nos dados das empresas da família BORGES DO NASCIMENTO, cuja atividade comercial se destina ao comércio varejista e atacadista de produtos afins respaldados pelos seus respectivos CNAE fiscal, em especial a C BORGES DO NASCIMENTO, que tem como foco a importação de tais produtos;
3. Requer-se, ainda, a observância dos prazos processuais, com a suspensão imediata da pena de perdimento, bem como o processo administrativo em tela, até final julgamento do mesmo, condicionando, ao trânsito em julgado do processo judicial nº 1142622.2015.401.3200.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo - SP (DRJ/São Paulo) considerou, por meio do Acórdão nº 16-76.219 - 21ª Turma da DRJ/SPO (doc. fls. 6103 a 6163))¹, improcedente a Impugnação formalizada, em decisão assim ementada:

"ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 12/03/2015

Cessão de nome. Ocultação do verdadeiro interessado nas importações, mediante o uso de interposta pessoa.

A infração por "cessão de nome" é uma consequência da prática efetiva de interposição fraudulenta de terceiros.

A conduta tipificada do importador de direito (INTERPOSTO) é de "ceder o nome" agindo em descompasso em relação à higidez do Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas.

A expressão utilizada pelo legislador "com vistas" denota que essa conduta infracional dispensa resultado, sendo uma infração de conduta.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido"

A recorrente apresentou Recurso Voluntário (doc. fls. 6176 a 6183) em 31/07/2018, por meio do qual contesta a decisão de primeira instância, alegando, em síntese, que:

- a) não cedeu seu nome a terceiros na importação acobertada pela DI 15/0464881-3, visto que, no caso em tela, *"há uma transação lícita de mercadoria, com o destaque de cumprimento de sua cadeia tributária, com atenuante de estamos tratando de empresas do mesmo grupo familiar"*;
- b) a caracterização da pena de perdimento por indicação de importação fraudulenta na forma do Decreto nº 6.759/09 se faz imprescindível a comprovação do dano ao erário público, bem como, as falsas indicações no despacho aduaneiro, o que não teria ocorrido no caso em análise, pois faz prova de ser a legítima importadora dos bens acobertados pela Declaração de Importação, *"considerando ser essa uma de suas atividades fins, pelo que assume, integralmente as importações, como resta provado a própria DI"*;
- c) inexistência qualquer ocultação do sujeito passivo e muito menos interposição fraudulenta, conforme teria asseverado a MM. Sra. Juíza no processo judiciário nº 11426-22.2015.4.01.3200, que tramitou na 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Amazonas;
- d) os indícios apontados não seriam satisfatórios para caracterização da infração atribuída, *"uma vez que não é adequado afirmar que em toda a operação por conta própria deva ocorrer, para ser considerada lícita, vendida para diversos compradores e após um longo período de estocagem, entendimento este incompatível com a dinâmica das operações mercantis"* e que *"não há na legislação qualquer vedação para que as mercadorias sejam revendidas logo após efetivada a negociação internacional, sendo entendimento isolado do próprio Fisco"*;

¹ Todas as referências a folhas dos autos pautar-se-ão na numeração estabelecida no processo digital, em razão de este processo administrativo ter sido materializado na forma eletrônica.

- e) há no processo administrativo concomitância com o processo judicial, porquanto, *“ambos tratam de caracterizar a nulidade do AUTO DE INFRAÇÃO Nº 0227600/00270/15 e, a improcedência da retenção dos bens acobertados pela DI 15/0464881-3, tanto, que em sede de sentença, a MM. Juíza do feito, procedeu com a liberação dos referidos bens em razão da minguada das alegações da Impetrada, que é essa d. Secretária”* e que, *“estando o processo administrativo suspenso por efeito da demanda judicial, que pende de decisão final a ser proferida pelo TRF da 1ª Região, impossível a aplicação de qualquer ato administrativo, notadamente, no que refere a imposição de multa”*;
- f) enquanto a ação judicial que trata dos mesmos fundamentos do AI em tela não for julgada no mérito, não pode a Administração Pública promover decisões afins, sob pena de incorrer em dupla decisão, pois *a coexistência entre os processos administrativo e judicial, impede a formulação de decisões esparsas e em duplicidade, sendo, pois devido a suspensão da demanda administrativa porque em tela, presente os requisitos do instituto da CONCOMITÂNCIA, em função do processo judicial”*.

Utilizando-se desses argumentos, busca a recorrente o socorro deste E. Conselho, para, ao final de sua peça recursal, requer que seja o presente Recurso *“conhecido e julgado totalmente procedente, para o fim de tornar nula a multa que é aplicada a Recorrente e, conseqüentemente, seja determinada a suspensão do processo administrativo até final julgamento do processo judicial nº 1142622.2015.401.3200, ante a evidente CONCOMITÂNCIA, que há entre eles”*.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luis Felipe de Barros Reche, Relator.

Competência para julgamento do feito

O litígio materializado no presente processo observa o limite de alçada e a competência deste Colegiado para apreciar o feito, consoante o que estabelece o art. 23-B do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 9 de junho de 2015².

² Art. 23-B As turmas extraordinárias são competentes para apreciar recursos voluntários relativos a exigência de crédito tributário ou de reconhecimento de direito creditório, até o valor em litígio de 60 (sessenta) salários mínimos, assim considerado

o valor constante do sistema de controle do crédito tributário, bem como os processos que tratem: (Redação dada pela Portaria MF nº 329, de 2017)

I - de exclusão e inclusão do Simples e do Simples Nacional, desvinculados de exigência de crédito tributário; (Redação dada pela Portaria MF nº 329, de 2017)

II - de isenção de IPI e IOF em favor de taxistas e deficientes físicos, desvinculados de exigência de crédito tributário; e (Redação dada pela Portaria MF nº 329, de 2017)

III - exclusivamente de isenção de IRPF por moléstia grave, qualquer que seja o valor. (Redação dada pela Portaria MF nº 329, de 2017)

(...)

Conhecimento do Recurso

O Recurso Voluntário interposto é tempestivo e atende aos demais pressupostos de admissibilidade, de sorte que dele se pode tomar conhecimento.

Análise do mérito

Chega à análise desta c. Turma questionamento feito pela contribuinte acerca da aplicação de multa de 10% sobre o valor aduaneiro das mercadorias importadas, estabelecida pelo art. 33 da Lei nº 11.488/07³ e aplicável a quem comete a infração caracterizada por interposição fraudulenta no comércio exterior mediante cessão de nome a terceiro adquirente oculto.

Já é pacífico neste Conselho que a pessoa jurídica que ceder seu nome para a realização de operações de comércio exterior de terceiros com vistas ao acobertamento de seus reais intervenientes ou beneficiários, inclusive mediante a disponibilização de documentos próprios, fica sujeita à dita multa de 10% do valor da operação acobertada, não inferior a R\$ 5.000,00.

Sua aplicação não prejudica a aplicação da pena de perdimento da mercadoria ou a aplicação da multa substitutiva à pena de perdimento da mercadoria, em caso de seu consumo, não localização ou revenda.

Em verdade, a multa do art. 33 da Lei nº 11.488/07 veio para substituir a pena de inaptidão do CNPJ da pessoa jurídica, quando houver cessão de nome para a realização de operações de comércio exterior de terceiros com vistas ao acobertamento de seus reais intervenientes ou beneficiários, e não prejudica a incidência da hipótese de dano ao erário, por ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou de responsável pela operação, prevista tipificada no inciso V do art. 23 do Decreto-Lei nº 1.455/76, apenada com perdimento da mercadoria ou com multa equivalente ao seu valor aduaneiro, em caso de esta não ser localizada ou ter sido consumida.

Segundo a fiscalização aduaneira, a ocultação teria ocorrido em operação de importação formalizada na Declaração de Importação (DI) nº 15/0464881-3, registrada pela recorrente (C BORGES DO NASCIMENTO) em 12/03/2015, a qual visava a admissão na Zona Franca de Manaus de materiais náuticos e para a prática de "wakeboard". Mas, no entender da autoridade fiscal:

- quase a totalidade das mercadorias (97%) importadas foram vendidas à adquirente oculta (E B DO NASCIMENTO), com entrada e saída praticamente ocorrendo no mesmo dia;

³ **Lei nº 11.488/2007**

Art. 33. A pessoa jurídica que ceder seu nome, inclusive mediante a disponibilização de documentos próprios, para a realização de operações de comércio exterior de terceiros com vistas ao acobertamento de seus reais intervenientes ou beneficiários fica sujeita a multa de 10% (dez por cento) do valor da operação acobertada, não podendo ser inferior a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Parágrafo único. À hipótese prevista no caput deste artigo não se aplica o disposto no art. 81 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

- a negociação da aquisição das mercadorias foi feita diretamente pelo sócio gerente da adquirente, conforme o conjunto de mensagens de e-mail trocadas com o fornecedor;
- a importadora confirmou que toda a negociação das mercadorias adquiridas teria sido feita pelo sócio da adquirente e que este trabalharia na importadora, mas este (filho da sócia da importadora) não está no quadro de funcionários da empresa e, intimada a apresentar o vínculo comercial, a empresa apresentou procuração emitida posteriormente à data de registro da DI em tela;
- a margem de lucro na venda para E B DO NASCIMENTO são muito baixas, irrisórias, em face do que ocorre para as demais vendas;
- a empresa E B DO NASCIMENTO está com sua habilitação realizar operações de comércio exterior suspensa desde 2015, por inatividade;
- a importadora trabalha com instrumentos musicais e não anuncia as mercadorias importadas em sua loja virtual, mas a adquirente trabalha com equipamentos náuticos e tem lojas física e virtual revendendo tais produtos;
- o site da adquirente informa que a importadora seria pertencente ao mesmo grupo empresarial C BORGES e a importadora afirmou que operam como se fossem do mesmo grupo.

O cerne da questão está, como se vê, na ocorrência de ilícito aduaneiro decorrente da ocultação do real adquirente das mercadorias mediante a interposição fraudulenta de terceiros, a qual estaria comprovada, segundo a fiscalização aduaneira, por todos os elementos e informações levantados pela autoridade fiscalizadora, constantes dos autos.

Sempre bom lembrar que a legislação aduaneira aponta a interposição fraudulenta como o ato em que uma pessoa, física ou jurídica, se interpõe entre a fiscalização aduaneira e o real adquirente da mercadoria, aparentando ser o responsável por uma operação de importação, ocultando assim aquele que não pode ou não quer promover a importação em seu próprio nome. A ocultação do real adquirente é artifício empregado para burlar controles aduaneiros e obrigações tributárias principais e acessórias.

A ocultação do sujeito passivo ou real adquirente é veementemente condenada pela legislação em vigor, pois é através desse subterfúgio que, além de outras práticas ilícitas, as empresas intentam:

- (i) não se submeter a procedimentos fiscais mais apurados de habilitação, os quais têm o fito justamente de promover o combate preventivo à dissimulação de intervenientes nas operações de comércio exterior através da verificação de indícios de interposição fraudulenta, seja por vícios na constituição da empresa ou pelo uso de recursos de terceiros interessados em ocultar suas operações do controle aduaneiro visando quaisquer objetivos, seja pela lavagem de dinheiro, evasão de divisas ou desoneração de exigências fiscais. Destarte, o interessado pretende não ser submetido à apurada análise fiscal pela Autoridade Tributária responsável por verificar a regularidade e consistência das informações prestadas, aferir a capacidade operacional e financeira da pessoa jurídica e avaliar a capacidade empresarial e econômica dos sócios quanto ao objeto e capital societários;

- (ii) interferir na avaliação do risco da operação (parametrização das DI), mensurada em função do perfil e histórico cadastral dos intervenientes aduaneiros envolvidos;
- (iii) transgredir obrigações tributárias principais e acessórias;
- (iv) não figurar como contribuinte “equiparado a industrial” para evitar a incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados nas operações subsequentes; e
- (v) resguardar seu patrimônio e sua reputação sem sofrer reflexos de ordem tributária, civil e penal, haja vista a constituição de empresa “laranja” para clara pretensão de fraudar”.

Importante ressaltar, ainda, que é perfeitamente possível, à luz da legislação aplicável, que terceiro se utilize regularmente da figura de um importador para obter produto importado no mercado interno, registrando essa condição de forma transparente na DI e sem interferir na avaliação do risco da operação, mensurada em função do perfil e histórico cadastral dos intervenientes aduaneiros envolvidos.

A legislação prevê duas formas de identificar o terceiro (real comprador no mercado interno) responsável pela importação, nas modalidades de “importação por conta e ordem de terceiros” e “importação por encomenda”. Estas duas modalidades de importação estão devidamente regulamentadas e têm os procedimentos estabelecidos pela Receita Federal para sua regular utilização.

A infração “ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou do responsável pela operação” se configura quando há declaração de importação registrada no Siscomex em nome de pessoa que não é a real responsável pelo ingresso da mercadoria em território nacional, no caso de realização de importação direta.

A configuração da ocultação pode se dar tanto com a identificação do real beneficiário da operação e comprovação de sua ocorrência, o que rotineiramente se chama de interposição fraudulenta comprovada, como também nas situações em que, não havendo esta identificação, o importador não comprova a origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados nas operações, comumente chamada de interposição fraudulenta presumida.

Visando ao combate à prática de interposição fraudulenta de terceiros, a legislação aduaneira tipificou como dano ao erário punível com a aplicação da já mencionada pena de perdimento de mercadorias, por meio de alterações do art. 23 do Decreto nº 1.455/76⁴, a conduta

⁴ Decreto nº 1.455/76

Art 23. Consideram-se dano ao Erário as infrações relativas às mercadorias:

(...)

V - estrangeiras ou nacionais, na importação ou na exportação, na hipótese de ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou de responsável pela operação, mediante fraude ou simulação, inclusive a interposição fraudulenta de terceiros. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002)

(...)

§ 1º O dano ao erário decorrente das infrações previstas no caput deste artigo será punido com a pena de perdimento das mercadorias. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002)

§ 2º **Presume-se interposição fraudulenta na operação de comércio exterior a não-comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados.** (Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002)

§ 3º As infrações previstas no caput serão punidas com multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria, na importação, ou ao preço constante da respectiva nota fiscal ou documento equivalente, na exportação, quando a

de ocultação do real sujeito passivo em operações de importação ou exportação e estabeleceu a presunção da interposição fraudulenta pela não comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos.

De volta ao caso concreto e observando o que consta dos autos, verifica-se que a fiscalização aduaneira, após a regular instauração da ação fiscal e da intimação da recorrente a apresentar documentos e informações por mais de uma ocasião, concluiu pela ocorrência da interposição fraudulenta comprovada, a partir de todos os elementos de prova e informações levantados.

A DRJ/São Paulo manteve o lançamento por entender, o colegiado de primeiro grau, que os elementos carreados aos autos apontam para a efetiva prática da ocultação do real adquirente pela interposição fraudulenta e que a conduta da recorrente se subsume à infração tipificada no art. 33 da Lei nº 11.488/2007.

Não obstante, o que se extrai do Recurso Voluntário é que a recorrente não afastou os argumentos que levaram os julgadores de piso à conclusão mencionada, limitando-se basicamente a asseverar que teria ocorrido uma transação lícita de mercadoria entre empresas do mesmo grupo familiar e que fez prova de ser a legítima importadora dos bens acobertados pela DI, sendo a importação de mercadorias uma de suas atividades-fins, e que inexistia no caso qualquer ocultação do sujeito passivo e muito menos interposição fraudulenta.

Alega ainda a ocorrência de concomitância processo judicial nº 1142622.2015.401.3200, como já havia feito em sede de impugnação, frente à evidente identidade que entende haver entre este e o presente processo administrativo.

A decisão recorrida havia afastado a concomitância, sob o argumento de que “o objeto do processo judicial nº 1142622.2015.401.3200 é a liberação da mercadoria importada pela Requerente, acobertada pelas DI's 15/0466043-0 e 15/0464881-3, registradas em 12/03/2015, enquanto que o objeto do presente Auto de Infração é a exigência da multa proporcional ao valor aduaneiro (10% do V.A.), substanciada na infração por "cessão de nome" tipificada no artigo 33 da Lei nº 11.488/2007”.

Nesse sentido, a meu sentir, a razão está com a recorrente. Explico.

Está correto o entendimento de que a pena de perdimento das mercadorias prevista no art. 23 do Decreto-Lei nº 1.455/76, com a redação introduzida pela Lei nº 10.637/02, e a multa de 10% do valor da operação são infrações distintas, como bem ilustrado pelo i. Conselheiro Andrada Márcio Canuto Natal, no voto condutor do Acórdão nº 9303-006.509 – da 3ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais (grifos no original e nossos):

“Finalmente, no que refere à retroatividade da penalidade instituída pela Lei nº 11.488/07, equivalente a multa de dez por cento do valor da operação, aplicável à pessoa jurídica que cede o nome, como já tive oportunidade de afirmar em outras oportunidades, entendo que, a toda evidência, **essa pena não revogou nem trouxe qualquer consequência para os casos em que é cabível a cominação da multa de conversão da pena de perdimento, prevista no artigo 23 do Decreto-Lei nº 1.455/76, com a redação introduzida pela Lei 10.637/02.**

A intenção do legislador, como me parece claro, jamais foi a de cominar penalidade mais branda a quaisquer das partes que se associam na prática de operação de

mercadoria não for localizada, ou tiver sido consumida ou revendida, observados o rito e as competências estabelecidos no Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.
(...).

importação ou exportação com ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou de responsável.

Desde logo, vê-se que os bens jurídicos tutelados por uma e por outra medida coercitiva não guardam nenhuma identidade entre si. Embora as duas infrações possam decorrer de um mesmo evento, a multa pela cessão do nome destina-se a coibir o uso abusivo da pessoa jurídica, apenando conduta à qual era antes imposta a “pena” de inaptidão do CNPJ, medida que violentava os mais elementares pressupostos da ação estatal de controle da atividade privada, agindo com força desproporcional, ao impedir o particular de exercer sua atividade profissional. Por seu turno, a multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria importada destina-se a coibir o ingresso de mercadoria estrangeira em situação irregular no território nacional, quando o bem, sujeito à pena de perdimento, escapa ao controle aduaneiro e é internalizado.

Não obstante, entendo que ambas as infrações decorrem da tentativa de ocultação do real adquirente das mercadorias pela interposição fraudulenta, sendo tarefa árdua dissociar a análise da infração decorrente da cessão de nome da verificação da ocorrência da prática de interposição fraudulenta, como a própria decisão recorrida reconhece (fls. 6112 - grifos no original):

“O objeto do presente Auto de Infração é a exigência da infração por “cessão de nome”, tipificada no artigo 33 da Lei nº 11.488/2007, referente à operação de importação amparada pela DI nº 15/0464881-3, registrada pela empresa **C BORGES, CNPJ 15.814.072/0001-40**, em 12/03/2015.

A infração por “cessão de nome” tipificada no artigo 33 da Lei nº 11.488/2007, que pauta a exigência do presente Auto de Infração, **é concomitante com a prática efetiva** de interposição fraudulenta de terceiros, infração tipificada no inciso V, do artigo 23 do Decreto Lei nº 1.455/76, pois o **importador de direito** (interposta pessoa) **CEDE O NOME** para o **importador de fato** (sujeito passivo oculto).

Se a autoridade preparadora entende que existiu prática de interposição fraudulenta de terceiros, na forma do inciso V, do artigo 23 do Decreto Lei nº 1.455/76, **por força do dever de ofício** deve proceder o lançamento da multa referente a infração por “cessão de nome” tipificada no artigo 33 da Lei nº 11.488/2007.

Por conseguinte, para examinar a incidência da infração por “cessão de nome”, **deve-se verificar a ocorrência da prática de interposição fraudulenta de terceiros.**

(...)

A infração por “cessão de nome” tipificada no artigo 33 da Lei nº 11.488/2007, que pauta a exigência do presente Auto de Infração, **é um sucedâneo** da prática **efetiva** de interposição fraudulenta de terceiros, infração tipificada no inciso V, do artigo 23 do Decreto Lei nº 1.455/76, pois o **importador de direito** (interposta pessoa) **CEDE O NOME** para o **importador de fato** (sujeito passivo oculto).

Por isso, forçosamente, **é indispensável para a presente análise é discorrer sobre o instituto da interposição fraudulenta de terceiros.**

Vejo ainda que a decisão judicial, ainda na análise do pedido de liminar em medida cautelar, afasta o entendimento da autoridade fiscal quanto à ocorrência da interposição fraudulenta e autoriza a autora a promover a importação das mercadorias em próprio nome, como se extrai dos excertos de fls. 6095 (grifos nossos):

“3. No caso dos autos, **as razões que ensejaram a retenção das mercadorias consistem na suspeita de ocultação do sujeito passivo**, haja vista os produtos importados não serem usualmente comercializados pela empresa autora.

4. Os Auditores Fiscais sustentam também que, quando da importação de produtos semelhantes, foram os mesmos repassados para terceiros. **Suspeitou-se, assim, de interposição fraudulenta, tendo em vista a natureza da atividade econômica da Requerente, cuja principal atuação é o ramo de venda a varejo de instrumentos e equipamentos musicais.** É o que se depreende de parte da transcrição do Procedimento Especial de Controle (fls. 09/10 da contestação).

5. Todavia, ao verificar o contrato social da empresa autora, anexado aos autos às fls. 54/68, constato que, dentre as diversas possibilidades de atividade comercial, está a do comércio varejista de embarcações e outros veículos recreativos, peças e acessórios, além de automóveis, camionetas e utilitários novos.

5. **Não pode, assim, a Autoridade Fiscal considerar suspeita a importação** de peças, partes e acessórios de produtos náuticos, bem como para produtos automotores somente porque a mesma desenvolve com maior frequência apenas um dos objetivos sociais, se há no contrato social previsão expressa de outras atividades mercantis, como é a hipótese de importação das mercadorias em questão. Mostra-se, assim, pouco razoável o argumento da parte requerida, na medida em que **é totalmente desprovido de previsão legal, tratando-se à evidência de mera interpretação equivocada do agente fiscal, que restringe um direito de uma empresa privada à minguia de norma autorizadora.**

6. Por todo o exposto, **firmo a convicção de que existe total plausibilidade nas alegações da Requerente, estando a empresa autorizada, com fulcro em seu contrato social, a proceder à importação da mercadoria** objeto da retenção pelas autoridades alfandegárias”.

A decisão liminar foi mantida na sentença, tendo chegado o MM. Juiz ao entendimento de que *“por ocasião da apreciação do pedido de antecipação de tutela, este Juízo já se pronunciou acerca do direito do Impetrante, não tendo havido, posteriormente, nenhum fato novo capaz de mudar a convicção já esposada”*.

Entendo assim caracterizada a ocorrência da concomitância. A propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual implica a renúncia às instâncias administrativas, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo.

Este é o teor da Súmula CARF nº 1, de observância obrigatória por parte deste colegiado, conforme estabelecido pela Portaria MF nº 277, de 07/06/2018:

“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. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018)”.

Conclusões

Diante do exposto, VOTO por não conhecer do Recurso Voluntário, uma vez que a matéria já foi submetida ao crivo do Poder Judiciário, não cabendo a este órgão administrativo colegiado a sua apreciação, pois configurada renúncia à via administrativa.

(documento assinado digitalmente)

Luis Felipe de Barros Reche