



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

Processo nº 13971.720971/2015-29
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3401-004.391 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de fevereiro de 2018
Matéria PENA DE PERDIMENTO
Recorrente METALNOX INDUSTRIA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO - II

Data do fato gerador: 05/11/2010

PRETERIÇÃO DO DIREITO DE DEFESA. FALTA CIÊNCIA AOS RESPONSÁVEIS SOBRE O RESULTADO DAS DILIGÊNCIAS. CANCELAMENTO DA DECISÃO RECORRIDA.

Conforme art. 35 do Decreto 7.574/2011 o sujeito passivo deverá ser cientificado do resultado da realização de diligências e perícias, sempre que novos fatos ou documentos sejam trazidos ao processo, hipótese na qual deverá ser concedido prazo de trinta dias para manifestação.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em cancelar o acórdão da DRJ e devolver o processo para a 1ª instância para que seja dada ciência ao contribuinte e aos responsáveis sobre o teor das respostas da unidade preparadora às diligências efetuadas e aberto prazo de 30 dias para manifestação, conforme art. 35 do Decreto 7.574/2011. Acompanhou o julgamento, pela recorrente "TORENT", o advogado Adam Soares, OAB/SC n. 32.540.

ROSALDO TREVISAN - Presidente.

MARA CRISTINA SIFUENTES - Redatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Rosaldo Trevisan (presidente), Leonardo Ogassawara de Araújo Branco (vice-presidente), Robson José Bayerl, Renato Vieira Ávila, Mara Cristina Sifuentes, André Henrique Lemos, Marcos Roberto da Silva, Cássio Schappo.

Relatório

Versa o presente processo sobre Auto de Infração lavrado em 27/03/2015, para exigência do crédito tributário no valor de R\$114.330,93 referente a multa equivalente ao valor aduaneiro das mercadorias importadas irregularmente.

Foram enumerados como contribuinte TORENT DO BRASIL IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA, CNPJ 06.211.677/0001-55, e como responsáveis solidários: DARIO TOMASELLI NETO, sócio administrador da fiscalizada Torent, CPF 005.034.749-75, METALNOX INDÚSTRIA METALURGICA LTDA, CNPJ 78.810.975/0001-72, KIKO CONFECÇÕES LTDA - EPP, CNPJ 03.850.692/0001-55, conforme arts. 124 e 128 do CTN, e art. 95 do Decreto-Lei nº 37/1966, por terem interesse comum na situação que constitui o fato gerador.

A fiscalização apurou que a empresa TORENT importava mercadorias para terceiros, mas não era o real adquirente das mercadorias importadas; e que a mesma operava como interposta pessoa em comércio exterior, praticando assim infração à legislação aplicável à matéria com previsão de pena de perdimento às mercadorias transacionadas.

As autuações foram efetuadas em autos apartados por responsável solidário, para preservar o sigilo comercial e fiscal das empresas envolvidas. A presente autuação refere-se a DI 10/01950415-5, importada pela Torent no interesse da empresa Metalnox, e entregue a empresa Kiko confecções.

Os responsáveis, após devidamente cientificados, apresentaram impugnação que foi julgada improcedente pela DRJ São Paulo, acórdão nº 16-072.455, de 28 de abril de 2016, por unanimidade de votos:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO - II

Data do fato gerador: 05/11/2010

Dano ao Erário por infração de ocultação do verdadeiro interessado nas importações, mediante o uso de interposta pessoa.

Pena de perdimento das mercadorias, comutada em multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria.

O objetivo pretendido pelos interessados atentou contra a legislação do comércio exterior por ocultar o real adquirente das mercadorias estrangeiras e consequentemente afastá-lo de toda e qualquer obrigação cível ou penal decorrente do ingresso de tais mercadorias no país.

A atuação da empresa interposta em importação tem regramento próprio, devendo observar os ditames da legislação sob o risco de configuração de prática efetiva da interposição fraudulenta de terceiros.

A aplicação da pena de perdimento não deriva da sonegação de tributos, muito embora tal fato possa se constatar como efeito subsidiário, mas da burla aos controles aduaneiros, já que é o objetivo traçado pela Receita Federal do Brasil possuir controle

absoluto sobre o destino de todos os bens importados por empresas nacionais.

Os responsáveis apresentaram Recursos Voluntários, a seguir detalhados:

- 1) METALNOX INDÚSTRIA METALURGICA LTDA
 - a. a Torent procurou sua empresa oferecendo serviços de importação de têxteis. Ela então adquiriu os produtos da Torent e determinou a entrega direta a empresa KIKO, responsável pela tecelagem dos fios adquiridos;
 - b. a fiscalização baseia o lançamento no fato de a empresa Kiko ter pago diretamente à empresa Torent o valor da aquisição dos produtos, e ter emitido as notas de venda no mesmo dia do desembaraço;
 - c. todas as empresas encontravam-se habilitadas para efetuar importações;
 - d. a multa aplicada refere-se ao art. 23, inciso V do Decreto-lei nº1455/1976, por entender que houve simulação por meio de interposição de terceiros;
 - e. não houve dano ao erário, não se aplicando o §1º do art. 23;
 - f. não houve má fé, as transações foram contabilizadas por todas as empresas.
- 2) KIKO CONFECÇÕES LTDA – EPP
 - a. A fiscalização entendeu que a empresa foi a destinatária das mercadorias e provedora dos recursos;
 - b. A DRJ determinou, por meio das Resoluções nº 16.000.588, de 25 de julho de 2015, e nº 16.000.610, de 15/12/2015, duas diligências com questionamentos à autoridade preparadora, entretanto não intimou as empresas sobre o resultado da diligência, nem deu oportunidade para apresentarem contrarrazões, contrariando o disposto no art. 28 e 35 da Lei nº 9784/99. Da segunda diligência foi intimada apenas a empresa Torent, que não se manifestou;
 - c. O acórdão não abordou a falta de identificação dos sujeitos no auto de infração. No auto consta apenas a qualificação da empresa Metalnox e outros, a qualificação dos outros responsáveis somente aparece no relatório de fiscalização;
 - d. Se a autuação prosperar, o auto padece de erro ao indicar a empresa KIKO como responsável quando o certo seria o enquadramento como contribuinte;
 - e. A autoridade autuante era incompetente para lançar, já que a DI foi desembaraçada na DRF Uruguaiana e o lançamento ocorreu pela DRF Blumenau;
 - f. No acórdão esta justificada a não ciência das autuadas sobre o teor da resolução por os documentos apresentados serem relativos a importações para outros adquirentes. Requer acesso a todo o procedimento fiscal efetuado contra a empresa Torent justificando que nesse procedimento pode já ter sido lançado o que consta no presente processo;
 - g. Questiona o MPF emitido em 30/01/2014 para fiscalização das importações efetuadas pela Torent. Alega que o MPF não pode ser estendido por prazo indeterminado conforme art. 196 do CTN. Ainda sobre o MPF questiona os limites para fiscalizar já que no mesmo não consta as empresas Metalnox e Kiko;
 - h. Consoante o art. 73 da Lei nº 10.833/2003 faz-se necessário a conclusão do processo administrativo de apuração do dano ao erário e da pena de perdimento, para após instaurar-se o processo administrativo de aplicação da multa, pela sua não localização. Requer seja declarada a nulidade do procedimento administrativo para que seja efetuado novo procedimento específico para a aplicação da multa;
 - i. Requer a juntada de todos os documentos relativos ao MPF aberto para fiscalização da empresa Torent, já que a prova emprestada deve ser colacionada ao presente

auto sob pena de macular o contraditório e a ampla defesa. Alega que a vinculação com as notas fiscais de saída para as empresas Metalnox e Kiko foi efetuada pela descrição da mercadoria e que pode ter a mesma mercadoria em outras DI's;

j. Deve ser aplicada a multa de 10% do valor das operações acobertadas, por cessão do nome em detrimento da multa de 100%, pela utilização do princípio da especificidade. Essa multa deve ser aplicada somente ao importador e não aos responsáveis solidários;

k. O dano ao erário é tratado no auto como potencial lesivo e não é esclarecido qual o risco trazido pela conduta. Caberia a fiscalização demonstrar qual o ilícito efetivamente cometido. O Inquérito Policial foi arquivado por não ter sido demonstrado quaisquer indícios de ilícitos;

l. A capitulação legal utilizada na autuação é genérica no informando qual o inciso enquadrado no art. 689 do Decreto nº 6.759/09;

m. Caso seja mantida a pena de perdimento devem ser devolvidos os tributos recolhidos na importação;

3) TORENT DO BRASIL IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA e DARIO TOMASELLI NETO

a. deve haver a existência inequívoca de fraude/simulação ou ainda de ato omissivo em não comprovar a origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados;

b. a importação foi realizada pela empresa Torrent, por sua conta e ordem, não havendo encomendante pré-determinado e os recursos utilizados na importação eram oriundos da empresa Torrent e estavam disponíveis em sua conta corrente. A fiscalização baseou-se em meras presunções;

c. Eventualmente requer a compensação dos tributos incidentes.

Em 16/05/2017 o presente processo foi vinculado por conexão ao processo nº 13971.721848/2014-44, conforme despacho do Presidente da 3ª Seção/CARF, fls. 1306 e sgs, seguindo o Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 9 de junho de 2015, regula, no art. 6º do Anexo II:

Art. 6º Os processos vinculados poderão ser distribuídos e julgados observando-se a seguinte disciplina:

§1º Os processos podem ser vinculados por:

I - conexão, constatada entre processos que tratam de exigência de crédito tributário ou pedido do contribuinte fundamentados em fato idêntico, incluindo aqueles formalizados em face de diferentes sujeitos passivos;

O processo nº 13971.721848/2014-44 foi julgado em 25/10/2017, acórdão nº 3401-004.240:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO II

Data do fato gerador: 09/09/2009

*DANO AO ERÁRIO. PENA DE PERDIMENTO.
MERCADORIA CONSUMIDA, NÃO LOCALIZADA OU*

REVENDIDA. MULTA IGUAL AO VALOR ADUANEIRO DA MERCADORIA.

Considera-se dano ao Erário a ocultação do real sujeito passivo na operação de importação, mediante fraude ou simulação, infração punível com a pena de perdimento, que é substituída por multa igual ao valor aduaneiro da mercadoria importada caso tenha sido entregue a consumo, não seja localizada ou tenha sido revendida.

INFRAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

O adquirente de mercadoria de procedência estrangeira, no caso de importação realizada por sua conta e ordem, por intermédio de pessoa jurídica importadora, responde conjunta ou isoladamente pela infração.

INFRAÇÃO. RESPONSABILIDADE.

Respondem pela infração, conjunta ou isoladamente, quem quer que, de qualquer forma, concorra para sua prática, ou dela se beneficie (artigo 95, I, do Decretolei nº 37/1966).

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso voluntário apresentado.

O contribuinte apresentou Recurso Especial que se encontra pendente de julgamento pela CSRF/CARF.

É o relatório.

Voto

Conselheira Mara Cristina Sifuentes, Relatora.

Os presentes recursos voluntários são tempestivos e preenchem as condições de admissibilidade, pelo que deles tomo conhecimento.

Preliminarmente a recorrente alega que a DRJ determinou, por meio das Resoluções nº 16.000.588, de 25/06/2015, e nº 16.000.610, de 15/12/2015, duas diligências com questionamentos à autoridade preparadora, entretanto não intimou as empresas sobre o resultado das diligências, nem deu oportunidade para apresentarem contrarrazões, contrariando o disposto no art. 28 e 35 da Lei nº 9784/99. Da segunda diligência foi intimada apenas a empresa Torent, que não se manifestou.

De fato, buscando nos autos não encontrei as intimações dos responsáveis solidários sobre as diligências solicitadas pela DRJ São Paulo.

A primeira diligência, Resolução 16.000.588, de 25/06/2015, solicitava à unidade preparadora:

Por isso, resolve-se converter o processo em diligência, para que a autoridade preparadora esclareça os seguintes pontos:

1. Houve a lavratura de auto de infração referente à infração por "cessão de nome" tipificada no artigo 33 da Lei nº 11.488/2007?

2. Em caso positivo, informar o seu número e sua localização.

3. Se o processo ainda estiver junto à autoridade preparadora, que esse seja remetido à 23ª Turma da Delegacia Regional de Julgamento em São Paulo.

...

Contudo, não ficou claro a esse Relator, se a impugnante empresa KIKO CONFECÇÕES está a fazer referência às Declarações de Importação arroladas no presente processo – Processo Administrativo Fiscal nº 13971.720971/2015-29 – ou em outro processo em que não é parte.

Se forem Declarações de Importação arroladas no presente processo – Processo Administrativo Fiscal nº 13971.720971/2015-29 –, indaga-se à autoridade preparadora o seguinte:

1. Procede a afirmação de que a empresa KIKO CONFECÇÕES – e por consequência a empresa METALNOX – não tiveram ciência das DIs e documentos correlatos por não terem sido juntados ao presente processo?

2. Se proceder essa afirmação:

*a) que seja dada ciência das Declarações de Importação arroladas no presente Auto de Infração, **reaberto o prazo de impugnação para ambas as empresas – empresa METALNOX e empresa KIKO CONFECÇÕES** - lembrando que na balança do direito, o prato referente ao sigilo fiscal deve sucumbir ao prato do princípio do Contraditório e da Ampla defesa, princípios esses que têm assento constitucional e se revestem de GARANTIAS fundamentais da República Federativa do Brasil. Não é equânime a Receita Federal do Brasil acusar empresas de serem sujeito passivo oculto em operação de importação e não proporcionar os meios inerentes à defesa.*

Contudo, a reabertura do prazo de impugnação NÃO DEVE OCORRER se essa informação não proceder ou se a fiscalização constatar que:

I. as Declarações de Importação mencionadas dizem respeito a outro Processo Administrativo Fiscal que não o de nº 13971.720971/2015-29; ou

II. por qualquer outro motivo, desde que devidamente explicitado, entender que o argumento esposado não constitui preterição ao direito de defesa ou tem propósito protelatório.

Nesses dois casos, amparados por despacho fundamentado, onde a em dinheiro em espécie (sic) autoridade preparadora deve expor os seus motivos, indicando às razões de entender que o argumento esposado pela empresa KIKO CONFECÇÕES carece de fundamento e INTIMAR a empresa KIKO CONFECÇÕES para suas contra razões, sendo concedido prazo de 30 (trinta) dias para a manifestação, em atenção ao art. 28 da Lei No. 9.784/99 c/c art. 35, Parágrafo único do Decreto 7.574/2011, em face do princípio do contraditório.

A primeira parte da Resolução encaminha três perguntas a serem respondidas pela unidade preparadora. Apesar de serem perguntas que demandam respostas de caráter informativo e para esclarecimentos de pontos que estão obscuros nos autos entendo que mesmo assim as empresas deveriam ter tomado ciência do teor da resposta da diligência. Seria a oportunidade de as empresas contestarem as afirmações efetuadas pela unidade preparadora, por exemplo, apenas como divagação para as possibilidades de conduta possíveis, caso a DRF respondesse que não houve lavratura do auto a empresa poderia contestar afirmando que houve e apresentando o auto lavrado.

A segunda parte da diligência a DRJ solicita esclarecimentos sobre o argumento apresentado pelas impugnantes que existiriam outras DI's que deveriam constar no processo. E caso existam essas DI's que as mesmas deverão ser juntadas ao processo e nesse caso deverão ser intimadas as empresas e reaberto o prazo para impugnação. Nesse ponto a DRJ abre parênteses para informar que deve prevalecer o sigilo fiscal, mas sem prejudicar o contraditório. Entretanto a DRJ alerta que caso as DI's sejam parte de outro processo não deverá ser reaberto o prazo para impugnação, já que nesse caso o pedido poderia ter caráter protelatório.

Ao final acrescenta que autoridade preparadora deve expor os seus motivos, indicando às razões de entender que o argumento esposado pela empresa KIKO CONFECÇÕES carece de fundamento e INTIMAR a empresa KIKO CONFECÇÕES para suas contrarrazões, sendo concedido prazo de 30 (trinta) dias para a manifestação.

Essa última parte apresenta contradição aparente com o que foi definido no início. Primeiro solicita que se as DI's fizerem parte de outro processo não deve ser aberto para impugnação e depois acrescenta que a unidade preparadora deverá expor seus motivos e intimar a empresa KIKO para apresentar contrarrazões, sem esclarecer porque somente a empresa KIKO já que existem outros responsáveis elencados.

O princípio do contraditório não pode ser interpretado de maneira restritiva de direitos, principalmente o direito a ter um julgamento justo, claro que preservados os direitos do contribuinte e o sigilo fiscal.

O Decreto 7.574/2011 estipula que o sujeito passivo deverá se cientificado do resultado da realização de diligência e perícias sempre que novos fatos ou documentos sejam trazidos ao processo.

Art. 35. A realização de diligências e de perícias será determinada pela autoridade julgadora de primeira instância, de ofício ou a pedido do impugnante, quando entendê-las necessárias para a apreciação da matéria litigada (Decreto no 70.235, de 1972, art. 18, com a redação dada pela Lei no 8.748, de 9 de dezembro de 1993, art. 1o).

Parágrafo único. O sujeito passivo deverá ser cientificado do resultado da realização de diligências e perícias, sempre que novos fatos ou documentos sejam trazidos ao processo, hipótese na qual deverá ser concedido prazo de trinta dias para manifestação (Lei no 9.784, de 1999, art. 28).

A resposta a uma diligência, trazido a termo pela unidade preparadora sempre será um novo fato e mais ainda um novo documento, que antes não fazia parte dos autos. Mesmo que seja apenas esclarecimentos, será uma nova visão dos fatos que se apresenta e o impugnante deverá ter a oportunidade de contra argumentar, mesmo que opte por nada acrescentar ao que já foi informado.

Pode-se verificar nos autos que a unidade preparadora, em resposta à diligência apresenta o Parecer Fiscal nº 009/2015, fls. 782 e sgs, respondendo às primeiras questões levantadas pela DRJ e afirmando existir processo administrativo em nome da empresa Torent para aplicação da multa por cessão de nome, art. 33 da Lei nº 11.488/2007.

Após a emissão do Parecer Fiscal o processo retornou à DRJ sem que fosse emitido despacho esclarecendo o motivo de não dar ciência aos interessados. Não consta no processo nenhum expediente a esse respeito.

Quanto a primeira resolução, entendo que houve preterição do direito de defesa já que foi escolhido quem deveria ser intimado para apresentar contrarrazões e em que circunstâncias. E ao final não restou intimado nenhum dos responsáveis para ciência do teor do Parecer Fiscal e aberto prazo para apresentação de contrarrazões.

O processo foi novamente submetido a julgamento e novamente convertido em diligência, Resolução nº 16.000.610, de 15/12/2015, para que fosse intimada a empresa Torent, sob pena de mácula aos princípios da ampla defesa e do contraditório, sem, contudo esclarecer porque somente deveria ser intimada a empresa Torent e porque o teor das respostas apresentadas somente afetaria a empresa Torent.

Contudo, face ao teor das respostas apresentadas, é indispensável para a presente análise a oitiva da empresa TORENT DO BRASIL, sob pena de mácula aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Por isso, INTIME-SE a empresa TORENT DO BRASIL para ser concedido prazo de 30 (trinta) dias para manifestação, em atenção ao art. 28 da Lei No. 9.784/99 c/c art. 35, Parágrafo único do Decreto 7.574/2011.

A fiscalização emitiu o Termo de Ciência, fls. 828 e sgs, em atendimento a determinação da DRJ, dando ciência ao contribuinte do teor de ambas as resoluções e do parecer fiscal, sem, contudo informar ao contribuinte sobre o prazo para manifestação.

A empresa Torent não apresentou manifestação, não se pode concluir que foi por opção própria ou falta de esclarecimento no termo de ciência de que disponha de 30 dias para efetuar-la.

Novamente entendo que a segunda Resolução tentou buscar solução para parte do problema, ao determinar a intimação de uma das empresas, entretanto não alcançou seu desiderato seja por ser incompleta na enumeração dos responsáveis, que também deveriam ter sido citados e dada oportunidade para manifestação, seja pela falta de informação a empresa Torent sobre o prazo de 30 dias para manifestação.

Realizadas essas considerações e esclarecimentos, proponho ao colegiado o cancelamento da decisão recorrida, por preterição do direito de defesa, e retorno do presente processo a DRJ para que seja dada ciência e aberto prazo para manifestação de todos os envolvidos na autuação e após seja retomado o julgamento.

Por todo o exposto voto no sentido de conhecer o recurso voluntário e no mérito cancelar o acórdão da DRJ e devolver o processo para a 1ª instância para que seja dada ciência ao contribuinte e aos responsáveis sobre o teor das repostas da unidade preparadora às diligências efetuadas e aberto prazo de 30 dias para manifestação, conforme art. 35 do Decreto 7.574/2011. Após o processo deverá retomar o curso do seu julgamento.

Mara Cristina Sifuentes - relatora.