



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

Processo nº 11487.720002/2012-61
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3301-004.856 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de julho de 2018
Matéria II
Recorrente LUMAG COMERCIO DE MAQUINAS E MATERIAL GRAFICO LTDA
ME e OUTROS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO - II

Data do fato gerador: 11/12/2008, 12/12/2008

VÍCIO NO ATO ADMINISTRATIVO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO.

A motivação e finalidade do ato administrativo são supridas quando da elaboração do relatório fiscal que detalham as conclusões do trabalho fiscal e as provas dos fatos constatados. As discordâncias quanto às conclusões do trabalho fiscal são matérias inerentes ao Processo Administrativo Fiscal e a existência de vícios no auto de infração deve apresentar-se comprovada no processo.

INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS TRIBUTÁRIAS. INCOMPETÊNCIA. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 2 DO CARF.

Este Colegiado é incompetente para apreciar questões que versem sobre constitucionalidade das leis tributárias.

IMPORTAÇÃO DE MERCADORIA. INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA. PENA DE PERDIMENTO PREVISTA NO DL 1.455/76, ART. 23, INCISO V.

Ficam sujeitas a pena de perdimento as mercadorias importadas cuja operação foi realizada por meio de interposição fraudulenta, conforme previsto no art. 23, inciso V, do Decreto-Lei nº 1.455/76.

IMPOSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA PENA DE PERDIMENTO. CONVERSÃO EM MULTA NO VALOR DA MERCADORIA. ART. 23, § 3º DO DECRETO-LEI Nº 1.455/76.

Não sendo possível a aplicação da pena de perdimento, em razão das mercadorias já terem sido dadas a consumo ou por qualquer outro motivo, cabível a aplicação da multa de conversão da pena de perdimento, prevista no art. 23, § 3º, do Decreto-Lei nº 1.455/76.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. OCULTAÇÃO DO REAL ADQUIRENTE DA MERCADORIA IMPORTADA. ART. 95, INCISO V, DO DL 37/66.

Responde pela infração conjunta ou isoladamente, o adquirente de mercadoria de procedência estrangeira, no caso da importação realizada por sua conta e ordem, por intermédio de pessoa jurídica importador, nos termos previstos no art. 95, inciso V, do Decreto-Lei nº 37/66.

PIS-IMPORTAÇÃO. COFINS-IMPORTAÇÃO. ICMS. VALOR ADUANEIRO. EXCLUSÃO.

Estão excluídos da base de cálculo do PIS-Importação e da Cofins-Importação o valor do ICMS e o valor das próprias contribuições. Sentença proferida no Supremo Tribunal Federal no RE 559.937, nos ritos do art. 543-B do CPC.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

Winderley Moraes Pereira - Presidente e Relator.

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros: Winderley Moraes Pereira, Liziane Angelotti Meira, Marcelo Costa Marques D Oliveira, Antonio Carlos da Costa Cavalcanti Filho, Salvador Cândido Brandão Júnior, Ari Vendramini, Semiramis de Oliveira Duro e Valcir Gassen.

Relatório

Por bem descrever os fatos adoto, com as devidas adições, o relatório da primeira instância que passo a transcrever.

Trata o presente processo de Auto de Infração pela prática da interposição fraudulenta de terceiros na importação. Segundo a fiscalização, a empresa LUMAG, CNPJ 57.955.957/000109, ocultou-se em operações de importação realizadas em nome de ENCOMEX, CNPJ 07.069.077/000167, que simulou importações em seu nome. Baseou-se a fiscalização na auditoria realizada nas operações comerciais e financeiras das empresas citadas e em outros elementos de convencimento obtidos durante os trabalhos.

Como resultado, foi aplicada a pena de perdimento das mercadorias importadas nos termos do art. 23, V, § 1º do Decreto-lei nº 1.455/76.

Tendo em vista o consumo dos bens importados, o perdimento foi convertido em multa equivalente ao valor aduaneiro das mercadorias nos termos do § 3º do mesmo art. 23.

Ainda segundo a fiscalização, foram imputados como solidários no auto de infração as seguintes pessoas físicas: ERIC MONEDA KAFER, VERA LUCIA MONEDA KAFER, SHEILA TATIANA TOMAZ MARAZZATTO, LUIS CARLOS GOMES DOS SANTOS, MÁRCIA ALONSO TENÓRIO DE BARROS, MAGDA LAURINDA ALONSO DOS SANTOS.

O Auto de Infração totalizou o valor de R\$ 913.487,62.

Intimadas do Auto de Infração em 22/10/2012 (fl. 1211), as interessadas LUMAG, MÁRCIA ALONSO TENÓRIO DE BARROS, MAGDA LAURINDA ALONSO DOS SANTOS e LUIS CARLOS GOMES DOS SANTOS, apresentaram impugnação conjunta e documentos em 19/11/2012, juntados às fls. 1302 e seguintes, alegando em síntese:

1. Alega que possuía habilitação simplificada no RADAR, limitada a US\$ 150.000,00 por semestre. Alega que foi obrigada a buscar alternativas pois estava na iminência de ultrapassar tal limite, fator este que a aproximou da empresa ENCOMEX.

2. Alega preliminarmente a nulidade da autuação por erro na descrição dos fatos. Alega que o auto de infração cita o nome da empresa BWS, desconhecida pela LUMAG. Alega que não foi apresentada qualquer prova relativa a essa empresa. Cita doutrina sobre o tema. Cita o art. 142 do CTN, o art. 53 da Lei nº 9.784/99 e o art. 59 do PAF.

3. Alega que a fiscalização não poderia ter autuado os sócios da empresa como responsáveis solidários nos termos do art. 135, III do CTN. Alega que o dispositivo legal não cita os “sócios”. Alega que a condição de sócio não implica diretamente na responsabilidade tributária. Alega que a fiscalização não provou que todos os sócios praticavam atos de administração. Cita jurisprudência sobre o tema.

4. Alega que a sócia Márcia Alonso Tenório de Barros deixou a sociedade em novembro de 2008. Anexa alteração contratual registrada na Junta Comercial. Alega que a sócia Magda Laurinda Alonso dos Santos ingressou na sociedade apenas em junho de 2009. Também anexa alteração registrada na Junta.

5. Alega que sempre realizou suas importações diretamente, negociando as condições e termos de compra diretamente com seus fornecedores. Alega que nunca quis encobrir as importações realizadas por ela. Alega que o que ocorreu de fato é que ela foi ocultada pela ENCOMEX que simulou importações próprias. Alega que foram registrados contratos de importação por conta e ordem entre LUMAG e ENCOMEX sendo LUMAG a real adquirente. Alega que foi a ENCOMEX que “por sua liberalidade e à revelia da LUMAG” que optou por fraudar/simular o sistema de diversas formas:

(i) utilizando no SISCOMEX a opção importação própria ao invés de importação por conta e ordem; (ii) registrando as operações com a LUMAG como se fossem empréstimos; (iii) recebendo adiantamentos e caracterizando como empréstimos;

(iv) fraudando sua contabilidade para justificar operações fraudulentas; (v) operando de forma simulada com outros diversos clientes com a intenção de fraudar o fisco.

6. Alega que a LUMAG desconhecia esses fatos e que não poderia ter qualquer ingerência de fiscalização sobre estas questões operacionais.

Afirma que desde o início dos procedimentos de fiscalização apresentou os fatos verdadeiros ocorridos indicando que havia contratado a ENCOMEX para a realização de importações por conta e ordem e que os valores depositados na conta da ENCOMEX eram destinados ao pagamento de mercadorias e nunca de empréstimos.

7. Alega que confiou na expertise da ENCOMEX dada a complexidade normativa das operações de importação. Alega que a maior parte das obrigações dos artigos 86 e 87 da IN SRF 247/02 são de responsabilidade do importador.

8. Alega que agiu de boa fé e que foi lesada pela trading contratada. Alega que a fiscalização não respeitou os princípios do art. 2º, IV da Lei nº 9.784/99. Alega ser empresa idônea possuindo Certidão Negativa da Receita Federal ao contrário da ENCOMEX que possui diversas autuações. Alega que não auferiu qualquer vantagem com o suposto esquema fraudulento.

9. Alega ser inaplicável a responsabilidade solidária imputada pela fiscalização. Alega que a responsabilidade é única da empresa ENCOMEX. Reafirma que não ocultou qualquer documentação da fiscalização. Alega que não houve conluio. Reafirma que não participou dos atos que caracterizaram a infração. Alega que aplica-se o art. 112 do CTN tendo em vista a boa fé da LUMAG.

10. Requer, por fim, que sejam reconhecidas as preliminares de nulidade ou, no mérito, seja julgado improcedente o auto de infração.

Intimada do Auto de Infração em 22/10/2012 (fl. 1181), a interessada ENCOMEX apresentou impugnação e documentos em 14/11/2012, juntados às fls. 1257 e seguintes, alegando em síntese:

1. Alega a nulidade do auto de infração por cerceamento de defesa pois não haveria indicação precisa da suposta conduta fraudulenta. Cita doutrina sobre o tema.

2. Requer preliminarmente que não seja remetida a Representação Fiscal para Fins Penais ao Ministério Público antes do trânsito em julgado na esfera administrativa. Cita o art. 83 da Lei nº 9.430/96.

3. Alega que o fisco tem o ônus da prova em relação aos fatos imputados contra a impugnante. Cita a presunção de inocência. Cita doutrina sobre o tema. Cita o art. 112 do CTN. Alega que, na eventualidade de rejeição de seus argumentos, aplica-se apenas a multa do art. 33 da Lei nº 11.488/07.

4. Alega que as operações foram contabilizadas, não houve simulação, não ocorreu dano ao Erário e que o lançamento foi feito com base em indícios. Afirma que nenhum documento demonstra o adiantamento de qualquer recurso ou cessão do nome/ocultação de outro sujeito passivo.

5. Alega que foi autuada com duas penalidade com relação à mesma conduta. Alega que já foi autuada no processo

administrativo fiscal nº 11487.720001/201217. Alega a ocorrência de bis in idem.

6. Alega que a fiscalização usou documento protegido por sigilo profissional (email do contador da empresa ora impugnante).

7. Alega que houve excesso de prazo para conclusão do procedimento especial (art. 9 da IN SRF nº 228/02).

8. Reafirma a tese de bis in idem. Cita doutrina sobre o concurso aparente de normas. Cita o Princípio da Especialidade. Cita doutrina sobre o tema.

9. Afirma que as importações foram realizadas por conta própria, que adquiriu as mercadorias no exterior, em seu nome, e que era responsável pelo fechamento do câmbio com recursos próprios, estando habilitada no RADAR. Alega que revendia as mercadorias importadas no mercado interno, recolhendo os tributos devidos não havendo sonegação ou quebra de cadeia do imposto de importação.

10. Afirma que a LUMAG é contribuinte do imposto de importação e que o mesmo foi recolhido nos termos do art. 9, IX do RIPI. Alega que essa norma foi levada ao RA e destina-se ao vendedor de produtos objeto de contrabando e descaminho ou introduzidos de forma irregular no país. Afirma que é necessária a prova do artifício doloso.

11. Alega nulidade do auto de infração pois a fiscalização teria capitulado a responsabilidade da empresa no art. 135 do CTN.

12. Alega nulidade na solidariedade de pessoas pois essa foi fundamentada no Código Penal.

13. Alega que a aplicação da multa de 10% excluiria a declaração de inaptidão nos termos do parágrafo único do art. 33 da Lei nº 11.488/07. Reafirma a tese de bis in idem.

14. Alega que a fiscalização não anexou aos autos provas apresentadas pela empresa que afastariam a acusação de interposição fraudulenta.

15. Requer, por fim, que sejam reconhecidas as preliminares de nulidade ou, no mérito, seja julgado improcedente o auto de infração.

Intimada do Auto de Infração em 20/10/2012 (fl. 1209), a interessada VERA LUCIA MONEDA KAFER apresentou impugnação e documentos em 19/11/2012, juntados às fls. 1219 e seguintes, alegando em síntese:

1. Alega a nulidade do auto de infração por cerceamento de defesa. Alega a ausência de indicação precisa da suposta conduta fraudulenta. Cita doutrina sobre o tema.

2. Requer preliminarmente que não seja remetida a Representação Fiscal para Fins Penais ao Ministério Público antes do trânsito em julgado na esfera administrativa. Cita o art. 83 da Lei nº 9.430/96.

3. Alega que seria inaplicável a responsabilidade solidária pois a sócia Sra. Vera Lúcia é detentora de apenas 1500 quotas da sociedade (1% do total) e não exerce qualquer função de gerência. Alega que não foram apontados atos da impugnante com excesso de poder ou infração à lei. Alega que a responsabilidade do art. 135 do CTN não é objetiva. Cita doutrina sobre o tema.

4. Alega que a impugnante não foi em nenhum momento intimada do procedimento especial do art. 4º da IN SRF 228/02.
5. Reafirma que não foram apresentados pela fiscalização os requisitos do art. 135 do CTN. Cita doutrina sobre o tema.
6. Afirma que a impugnante não é autora da infração nos termos do art. 95, I do Decreto-lei nº 37/66. Cita jurisprudência administrativa sobre o tema. Reafirma que não há provas de atos praticados pela impugnante na administração da empresa.
7. Reafirma novamente que não foram apresentadas provas diretas e individualizadas da participação da impugnante na infração imputada.
8. Cita jurisprudência judicial sobre aplicação do CTN a créditos de natureza administrativa. Cita jurisprudência administrativa sobre decadência de penalidade não tributária. Reafirma novamente que não seria aplicável o art. 135 do CTN.
9. Requer, por fim, que sejam reconhecidas as preliminares de nulidade ou, no mérito, seja julgado improcedente o auto de infração.

Intimada do Auto de Infração em 20/10/2012 (fl. 1190), o interessado ERIC MONEDA KAFER apresentou impugnação e documentos em 19/11/2012, juntados às fls. 1243 e seguintes, alegando em síntese:

1. Alega a nulidade do auto de infração por cerceamento de defesa. Alega a ausência de indicação precisa da suposta conduta fraudulenta. Cita doutrina sobre o tema.
2. Requer preliminarmente que não seja remetida a Representação Fiscal para Fins Penais ao Ministério Público antes do trânsito em julgado na esfera administrativa. Cita o art. 83 da Lei nº 9.430/96.
3. Alega que o fisco tem o ônus da prova em relação aos fatos imputados contra a impugnante. Cita a presunção de inocência. Cita doutrina sobre o tema. Cita o art. 112 do CTN. Alega que, na eventualidade de rejeição de seus argumentos, aplica-se apenas a multa do art. 33 da Lei nº 11.488/07.
4. Alega que as operações foram contabilizadas, não houve simulação, não ocorreu dano ao Erário e que o lançamento foi feito com base em indícios. Afirma que nenhum documento demonstra o adiantamento de qualquer recurso ou cessão do nome/ocultação de outro sujeito passivo.
5. Alega que foi autuada com duas penalidade com relação à mesma conduta. Alega que já foi autuada no processo administrativo fiscal nº 11487.720001/201217. Alega a ocorrência de bis in idem.
6. Requer, por fim, que sejam reconhecidas as preliminares de nulidade ou, no mérito, seja julgado improcedente o auto de infração.

Intimada do Auto de Infração em 20/10/2012 (fl. 1213), a interessada SHEILA TATIANA TOMAZ MARAZZATTO apresentou impugnação e documentos em 19/11/2012, juntados às fls. 1279 e seguintes, alegando em síntese:

1. Alega a nulidade do auto de infração por cerceamento de defesa. Alega a ausência de indicação precisa da suposta conduta fraudulenta. Cita doutrina sobre o tema.

2. *Requer preliminarmente que não seja remetida a Representação Fiscal para Fins Penais ao Ministério Público antes do trânsito em julgado na esfera administrativa. Cita o art. 83 da Lei nº 9.430/96.*
3. *Alega que a era apenas secretária particular do Sr. Erick Moneda Kafer, sócio diretor da ENCOMEX, sem qualquer vínculo trabalhista, resumindo-se a representar seu mandante nos estritos atos a ela publicamente permitidos. Alega que seus atos não foram realizados com excesso de poder ou infração à lei, contrato social e estatuto. Alega violação ao art. 135 do CTN. Alega que não houve prova da conduta dolosa da impugnante. Cita doutrina sobre o tema.*
4. *Alega que a impugnante em nenhum momento foi intimada a prestar esclarecimentos sobre o Procedimento Especial instaurado.*
5. *Reafirma que não foram apresentados pela fiscalização os requisitos do art. 135 do CTN. Cita doutrina sobre o tema.*
6. *Afirma que a impugnante não é autora da infração nos termos do art. 95, I do Decreto-lei nº 37/66. Cita jurisprudência administrativa sobre o tema. Reafirma que não há provas de atos praticados pela impugnante na administração da empresa.*
7. *Reafirma novamente que não foram apresentadas provas diretas e individualizadas da participação da impugnante na infração imputada.*
8. *Cita jurisprudência judicial sobre aplicação do CTN a créditos de natureza administrativa. Cita jurisprudência administrativa sobre decadência de penalidade não tributária. Reafirma novamente que não seria aplicável o art. 135 do CTN.*
9. *Requer, por fim, que sejam reconhecidas as preliminares de nulidade ou, no mérito, seja julgado improcedente o auto de infração.*

Sobreveio decisão da 24ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo/SP, que por unanimidade de votos, julgou procedente em parte a impugnação, cancelando a exigência em relação à responsabilidade solidária de sócios quotistas não administradores e mantendo o crédito tributário exigido quanto aos demais sujeitos passivos. Nos termos constantes do quadro abaixo, constante da decisão da primeira instância.

PESSOA AUTUADA	CRÉDITO LANÇADO (R\$)	CRÉDITO MANTIDO (R\$)
ENCOMEX	913.487,62	913.487,62

LUMAG	913.487,62	913.487,62
LUIS CARLOS GOMES DOS SANTOS	913.487,62	913.487,62
MÁRCIA ALONSO TENÓRIO DE BARROS	913.487,62	78.740,25
MAGDA LAURINDA ALONSO DOS SANTOS	913.487,62	0,00
ERIC MONEDA KAHER	913.487,62	913.487,62
VERA LUCIA MONEDA KAHER	913.487,62	913.487,62
SHEILA TATIANA TOMAZ MARAZZATTO	913.487,62	0,00

Os fundamentos do voto condutor do acórdão recorrido encontram-se consubstanciados na ementa abaixo transcrita:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO- II

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010

INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA NA IMPORTAÇÃO.

A interposição fraudulenta na importação caracteriza a penalidade previstas no art. 23, V, § 1º do Decreto-lei nº1.455/76.

CORRESPONSABILIDADE. PERÍODO.

O período da corresponsabilidade dos sócios coincide com o período em que participaram da real gestão do negócio, independente do contido no contrato social

Inconformados com a decisão, os sujeitos passivos Lumag e os responsáveis solidários Luis Carlos Gomes, Márcia Alonso Tenório (fls. 2156 a 2259), Encomex (fls. 1724 a 1739), Eric Moneda (fls. 1710 a 1718) e Vera Lucia Moneda (fls. 2127 a 2146) apresentaram os presentes recursos voluntários repisando as alegações já apresentadas na impugnação.

A recorrente LUMAG, bem como o responsável solidário, sócio administrador Luis Carlos Gomes dos Santos, afirmam não ter sido intimados da decisão recorrida, tendo sido cientificados apenas informalmente desta por meio da responsável solidária ex-sócia Marcia Alonso Tenório de Barros, que foi devidamente intimada, e já em data bem próxima ao prazo fatal. Aduz, desta forma, ter sido cerceado em seu direito de defesa.

O processo foi convertido em diligência para que se verificassem os fatos alegados pelos recorrentes acerca dos procedimentos de intimação do acórdão recorrido.

A unidade de origem apresentou a informação solicitada por meio do documento de fls. 2270 a 2273, na qual informa que o responsável solidário, sócio

administrador Luis Carlos Gomes dos Santos teria sido intimado por edital, enquanto que o contribuinte Lumag teria sido intimado por meio de sua caixa postal no e-CAC.

Consultando os autos a Turma identificou que os sujeitos passivos citados não foram cientificados acerca do resultado desta diligência.

Desta forma, como objetivo de evitar o cerceamento ao direito de defesa dos sujeitos passivos. A Turma resolver converter o julgamento em nova diligência para que os recorrentes LUMAG e Luis Carlos Gomes dos Santos fossem intimados do despacho da Unidade de Origem que esclareceu sobre as intimações, sendo concedido prazo de 30 dias para apresentarem suas razões quanto às novas informações trazidas aos autos.

Cientificados do despacho os Recorrente apresentaram petição alegando que a ciência por edital não atendeu as exigências legais necessárias e portanto deve ser permitido a Recorrente a apresentação de recurso voluntário no prazo de 30 (trinta) dias.

Os autos retornaram ao CARF e em razão da saída do Conselheiro original do Processo, foi feito novo sorteio, cabendo a mim a relatoria para prosseguimento do julgamento.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Winderley Moraes Pereira, Relator.

A teor do relatado Turmas que analisaram o processo anteriormente decidiram por converter o julgamento em diligência para verificar se foi corretamente realizada a ciência aos contribuintes LUMAG e Luis Carlos Gomes dos Santos. Em resposta, a Unidade de Origem, informou que a citação dos Recorrentes ocorreu para o primeiro por meio de caixa postal eletrônica e o segundo por meio de edital, conforme pode ser verificado no trecho de despacho, transcrito abaixo.

Quanto ao sujeito passivo Luís Carlos Gomes dos Santos, informo que a primeira tentativa de ciência ocorreu por via postal, tentativa essa frustrada. Como é possível ver no documento às folhas 1.699 a 1.700, os Correios fizeram três tentativas de entrega do envelope que continha a Intimação GAC 178/2014 e cópia do acórdão 16-59.886 (folhas 1.690 a 1.692), nos dias 08, 11 e 12/08/2014, quando então o envelope retornou ao remetente. Diante disso e de acordo com o art. 23 do Decreto 70.235/1972, foi lavrado o Edital ALF/VCP/SECAT 30, de 03 de setembro de 2014 (folha 1.708), afixado em mural próprio à entrada desta Alfândega. Portanto, a ciência ao sujeito passivo Luís Carlos Gomes dos Santos ocorreu por edital.

Quanto ao sujeito passivo Lumag Comércio de Máquinas e Material Gráfico, a ciência foi feita eletronicamente, através do e-Processo, por decurso de prazo. Quando consultamos a função “acompanhar ciência” do processo em epígrafe (e-Processo >> Processo >> Acompanhar ciência), podemos ver, conforme tela abaixo, que a ciência foi acionada em 01/08/2014 e realizada em 16/08/2014.

Consultando os autos é possível identificar a apresentação de recurso voluntário pela LUMAG, Luis Carlos Gomes dos Santos e Marcia Alonso Tenório de Barros protocolados em 05/09/2014.

Também consta dos autos despacho de encaminhamento dos recursos voluntários ao CARF que informa sobre os Recorrentes e a tempestividade dos recursos.

*À consideração do sr. chefe substituto do SECAT. Tendo em vista a **interposição tempestiva** de recurso voluntário da autuada Lumag e dos responsáveis solidários Luis Carlos Gomes, Márcia Alonso Tenório (fls. 2156 a 2259), Encomex (fls. 1724 a 1739), Eric Moneda (fls. 1710 a 1718) e Vera Lucia Moneda (fls. 2127 a 2146), proponho o encaminhamento deste ao CARF, para análise e julgamento.(grifo nosso)*

Diante das informações constantes dos autos é possível identificar a ciência do resultado da decisão da primeira instância e a apresentação tempestiva dos recursos voluntário que por atender os demais requisitos de admissibilidade, merecem, por isto, serem conhecidos.

Os recursos apresentados repetem os mesmos argumentos quanto ao mérito da matéria submetida ao julgamento deste Conselho, alegando a legalidade nas operações realizadas pelas empresas autuadas. As diferenças nos recursos cinge-se a alegação da LUMAG, que afirma ter contratado a empresa ENCOMEX para operações por conta e ordem e a ENCOMEX de forma unilateral decidiu operar de forma direta. Também consta do recurso a alegação de ilegitimidade para permanecer no pólo passivo do presente processo. Considerando as alegações apresentadas nos recursos as análises quanto ao mérito serão apreciadas conjuntamente, já que os argumentos são semelhantes. Quanto a alegação de ilegitimidade passiva será apreciada em tópico próprio.

Ofensa a princípios constitucionais e vícios no ato administrativo do lançamento

Inicialmente afastos as alegações de ofensa aos princípios constitucionais que não são possíveis de apreciação por parte deste colegiado, em razão da sua incompetência para decidir sobre a constitucionalidade de lei tributária. Conforme a súmula CARF nº 2, publicada no DOU de 22/12/2009.

“Súmula CARF nº 2

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”

Em sede preliminar é alegada a existência de vícios no ato administrativo que não teria atendido aos requisitos de motivação e finalidade.

Não vislumbro assistir razão as alegações do recurso. O auto de infração teve origem em auditoria realizada pela Fiscalização da Receita Federal, fartamente detalhada em relatório fiscal, onde consta a motivação para o lançamento e as provas que conduziram a autoridade autuante à lavratura do auto de infração. A descrição dos fatos consta de forma clara no auto de infração, listando todos os fatos que ensejaram a autuação, permitindo as Recorrentes todos o conhecimento necessário a sua defesa.

As Recorrentes foram cientificadas da exigência fiscal e apresentaram impugnação que foi apreciado em julgamento realizado na primeira instância. Irresignadas com o resultado do julgamento da autoridade a quo, foram interpostos recursos voluntários, rebatendo as posições adotadas pela autoridade de primeira instância, combatendo as razões de decidir daquela autoridade, portanto, as motivações para o lançamento, bem como, as do julgamento na primeira instância foram claramente identificadas. Com todo este histórico de discussão administrativa, não se pode falar em cerceamento de direito de defesa ou quaisquer outros vícios no lançamento ou no julgamento da primeira instância, todo o procedimento previsto no Decreto 70.235/72 foi observado, tanto quanto ao lançamento tributário, bem como, o devido processo administrativo fiscal.

Da Alegação da LUMAG que contratou a empresa ENCOMEX para realizar operações por conta e ordem

A empresa LUMAG alega que contratou a empresa ENCOMEX para a realização de importações por conta e ordem e a empresa ENCOMEX de forma unilateral realizou as operações de forma direta. As alegações da LUMAG foram assim detalhadas no seu recurso.

A empresa LUMAG é Empresa de Pequeno Porte - EPP que atua no ramo de Comércio de Material Gráfico, Máquinas e Acessórios, Importação e Exportação. Para importar máquinas na área gráfica, trabalha com sistema de radar simplificado, o que a possibilita realizar importações, a cada 06 (seis) meses, apenas no montante de US\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil dólares).

Por ter necessidade de importar novas máquinas e, tendo em vista a iminência de ultrapassar o referido limite do radar simplificado, a LUMAG procurou buscar alternativas para prosseguir com as suas importações. Foi nesse cenário que, por meio da empresa de despachante aduaneiro que utilizava, denominada LOGINTER, tomou conhecimento da empresa ENCOMEX.

O despachante aduaneiro da LUMAG informou que a ENCOMEX era uma empresa séria, com boas referências no mercado, inclusive possuindo como clientes empresas de grande porte, como a rede de supermercados Carrefour. A Recorrente buscou estas informações justamente com intuito de se proteger

e de se sentir segura quanto a todos os procedimentos necessários para que a importação fosse realizada.

Desta forma, tendo sido muito bem recomendada, a empresa ENCOMEX passou a realizar para a empresa LUMAG importações na modalidade por ordem de terceiros.

A LUMAG firmou contrato com a empresa ENCOMEX a fim de promover importação por sua conta e ordem. Os documentos de importação, porém, foram preenchidos pela ENCOMEX como se as operações fossem por conta própria desta, sem que estivessem discriminados os dados da empresa adquirente. Por essa razão, entendeu a autoridade aduaneira haver ocultação do sujeito passivo.

Merece destaque o fato de que a LUMAG nunca havia contratado qualquer outra trading para realizar a importação das suas máquinas. A Recorrente sempre realizou a importação diretamente, negociando as condições e termos de compra diretamente com seus fornecedores, providenciando os trâmites aduaneiros por meio de seus recursos próprios. Ou seja, esta é mais uma das razões que confirmam que a LUMAG jamais quis ocultar-se ou esconder que realiza importações perante o Fisco Aduaneiro.

Em que pese as alegações da Recorrente, é necessário esclarecer que a empresa que pede a importação de produtos por sua conta e ordem também precisa ser habilitada no Siscomex e tal motivo reside no fato da necessidade da Receita Federal exercer o controle aduaneiro necessário sobre os intervenientes no exterior.

Nos termos descritos pela LUMAG ela estava prestes a superar o limite de importações previamente habilitada pela Receita Federal. O descumprimento deste limite não transforma uma empresa automaticamente em irregular, o fato enseja procedimentos a serem adotados pela Receita Federal para averiguar a capacidade econômica da empresa importadora.

Ademais, se a empresa pretendesse elevar o valor previamente considerados pode solicitar a revisão dos valores previamente habilitados na Receita Federal. Entretanto, para tal solicitação é necessário comprovar a capacidade econômica. O Processo de habilitação nas operações de comércio exterior visa assegurar que empresas operem no comércio exterior além da sua capacidade econômica. Lembrando, ao analisar a capacidade econômica a Receita Federal os recursos, rendimentos e outros itens apresentados pela própria empresa que solicita a habilitação. A capacidade econômica atribuída a uma determinada empresa nos Sistemas de Controle de Comércio Exterior informa que a receita auferiu a capacidade da empresa em operar naqueles limites estabelecidos.

A alegação da Recorrente que pretendia operar em valores acima do limite e contrata uma terceira empresa para realizar estas operações não pode ser utilizada como um argumento para afastar a sua responsabilidade sobre as práticas irregulares.

Ao meu sentir, o fato da empresa declarar que as operações eram de sua propriedade confirma a participação e o benefício na operação o que torna a empresa solidária em todas as exigências tributárias.

Do Mérito

A lide gira em torno da exigência da conversão em multa da pena de perdimento aplicada a mercadorias importadas por intermédio de interposição fraudulenta e exigência de diferenças tributárias referentes a importações subfaturadas.

A Fiscalização Aduaneira justificou o lançamento na existência de um grupo econômico formado pelas empresas LUMAG e ECONOMEX que realizaram operações de importação, tendo a ENCOMEX registrado as operações de forma direta, quando na realidade, tratava-se operações por conta e ordem da empresa LUMAG.

No caminho para esclarecer os fatos faço um breve relato sobre a legislação e os conceitos aduaneiros envolvidos nas operações de comércio exterior, a ocultação de intervenientes e a interposição fraudulenta.

O controle aduaneiro, a ocultação dos intervenientes e a interposição fraudulenta

O controle aduaneiro é matéria relevante em todos os países e a comunidade internacional busca de forma incessante o controle das mercadorias importadas, de forma a garantir a segurança e a concorrência leal dentro das regras econômicas e tributárias. Desde da edição do Decreto-Lei 37/66, o Brasil busca coibir as irregularidades na importação. Este diploma legal, determinava a conferência física e documental da totalidade das mercadorias importadas. Com o crescimento da economia nacional, a crescente integração do País no plano internacional e o aumento significativo das operações de comércio exterior. O Estado Brasileiro, decidiu modificar os controles que até então vinha exercendo sobre a importação, desenvolvendo controles específicos que se adequassem ao incremento das operações na área aduaneira. A solução veio com a entrada em produção do Siscomex-Importação em janeiro de 1997. A partir deste sistema, os controles de despacho aduaneiro de importação passaram a utilizar canais de conferência, que determinaram níveis diferentes de controles aduaneiros. Desde um controle total durante o despacho aduaneiro, com conferência documental, física das mercadorias e avaliação do valor aduaneiro até a um nível mínimo de conferência.

Ao modernizar o seu sistema de controle aduaneiro o País flexibilizou o controle individual das mercadorias importadas, mas, daí nasceu a necessidade de também trabalhar o controle em nível de operadores de comércio exterior. A partir desta premissa foram definidos controles aduaneiros em dois momentos distintos. O primeiro, anterior a operação de importação, quando é exigido uma habilitação prévia da empresas interessada em operar no comércio exterior. Este controle busca avaliar a idoneidade daquelas empresas que pretendem operar no comércio, e atualmente esta disciplinado na Instrução Normativa da SRF nº 228/2002.

Apesar deste controle ser preferencialmente em momento anterior as operações. Existem situações em que não é suficiente para impedir operações irregulares. Para

coibir estas irregularidades a Fiscalização Aduaneira também atua em momento posterior ao desembaraço aduaneiro, buscando identificar irregularidades nas operações realizadas. O caminho adotado vem sendo o de confirmar a idoneidade das empresas envolvidas nas operações e investigar a origem dos recursos utilizados.

A ocultação dos reais intervenientes ou a falta de comprovação da origem dos recursos configura, por força legal, dano ao erário, punível com a pena de perdimento das mercadorias, nos termos definidos no art. 23, inciso V, do Decreto-Lei 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 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. (Redação dada pela Lei nº 12.350, de 2010)*

§ 4º O disposto no § 3º não impede a apreensão da mercadoria nos casos previstos no inciso I ou quando for proibida sua importação, consumo ou circulação no território nacional. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002)"

O art. 23 do Decreto-Lei nº 1.455/76 trata de duas situações distintas a primeira de ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou de responsável pela operação, mediante fraude ou simulação e outra a interposição fraudulenta de terceiros que pode ser comprovada ou presumida nos termos previstos no art. 22, § 2º, do Decreto-lei nº 1.455/76. A existência de uma das duas situações, quando comprovadas pelo Fisco, ensejam a aplicação da penalidade de perdimento.

Matéria que suscita controversa é se a comprovação da origem dos recursos, utilizados na operação de comércio exterior, afastaria a aplicação de penalidades. Tal argumento não encontra respaldo na legislação que disciplina a matéria. Nos termos do art. 23,

inciso V do Decreto-Lei nº 1.455/76, o dano ao erário, punido com a pena de perdimento da mercadoria, ocorre quando a informação sobre os reais responsáveis pela operação de importação é deliberadamente ocultada dos controles fiscais e alfandegários, por meio de fraude ou simulação. A partir da determinação legal é inconteste que se a Fiscalização Aduaneira prova que determinada operação declarada ao Fisco não corresponde a realidade dos fatos, resta evidenciada o dano ao erário e o perdimento da mercadoria.

A comprovação da origem dos recursos afasta a presunção da interposição fraudulenta, mas de forma alguma é suficiente para afastar as outras previsões da norma que trata da ocultação dos reais intervenientes na operação de importação. Quando a origem dos recursos não esta comprovada presume-se a interposição fraudulenta, quando comprovada nos autos, cabe a Fiscalização provar a ocultação dos reais adquirentes da operação de importação, para a aplicação da penalidade de perdimento das mercadorias nos termos do art. 22 do Decreto-Lei nº 1.455/76.

É mister salientar, que não são todas as operações por conta e ordem de terceiros são consideradas infração aduaneira. O art. 80 da Medida Provisória nº 2.158-35/01 estabeleceu a possibilidade de pessoas jurídicas importadoras atuarem em nome de terceiros por conta e ordem destes. Os procedimentos a serem seguidos nestas operações estão atualmente disciplinados na IN SRF nº 225/02.

Considerando a possibilidade de importações, com a intervenção de terceiros, fato previsto em lei e disciplinado pela Receita Federal, torna mais forte a pena a ser aplicada quando importador e real adquirente, utilizando de fraude ou simulação oculta esta operação do conhecimento dos órgãos de controle aduaneiro, visto que, o fato de não seguir as determinações normativas para as importações por conta e ordem, acarretam prejuízo aos controles aduaneiros, fiscais e tributários.

A par de toda a discussão sobre a aplicação da pena de perdimento da mercadoria por dano ao erário, a matéria ainda não fica totalmente resolvida, visto que em determinadas situações, a pena de perdimento por diversos motivos não pode ser aplicada. Aqui temos um empecilho ao cumprimento da norma, já que impedida de aplicar o perdimento, se não existir outra pena possível, equivaleria a uma ausência de punibilidade, o que poderia além do prejuízo não ser ressarcido, estimular futuros atos ilícitos, diante da não aplicação da pena aos infratores. Tal fato não ficou desconhecida pelo legislador, que de forma lúcida, criou a possibilidade da conversão da pena de perdimento em multa, no valor de 100% do valor da mercadoria, conforme previsto art. 23, § 3º do Decreto-Lei nº 1.455/76.

Diante do arcabouço legal que trata a matéria, fica cristalino a procedência da aplicação da pena de perdimento, nas situações em que for comprovada a ocultação dos reais adquirentes da operação de importação, bem como a conversão da pena de perdimento em multa. Tal posição já é matéria assentada neste Conselho, conforme se verifica nos acórdãos nº 9303-001.632, 3201-00.837 e 3102-00.792.

Resolvida a questão da legalidade da imputação, passo a analisar a situação fática que culminou na aplicação da penalidade ora combatida.

Das operações realizadas pelas empresas LUMAG e ENCOMEX

A Fiscalização identificou, amparada em diversas informações e documentos fiscais, a relação das empresas LUMAG e ENCOMEX. O trabalho da auditoria da Receita Federal foi detalhado e consegue comprovar de forma inequívoca, o modo de operação para ocultar dos controles aduaneiros os reais adquirentes da mercadoria.

i) A ENCOMEX não possui imóvel próprios, sendo seus estabelecimentos: duas salas alugadas e um imóvel que encontra-se fechado, conforme pode ser verificado no item 5.3 do Termo de Verificação Fiscal que traz detalhadamente as investigações da Auditoria Fiscal que comprova a ausência de estrutura física que suporte as operações realizadas. Trecho abaixo, extraído do relatório fiscal, esclarece sobre a ausência de estrutura física para armazenagem das mercadorias.

Por ocasião da habilitação da ENCOMEX, dados coletados dos documentos apresentados pela empresa foram inseridos no sistema Radar (Ambiente de Registro e Rastreamento da Atuação dos Intervenientes Aduaneiros), na ficha de habilitação de operador de comércio exterior. Consta na ficha de habilitação nº 05/0006669-8, registrada em 22/03/2005, que a ENCOMEX não possuía imóvel próprio nem estabelecimento para armazenar mercadorias. Esta informação se repetiu nas outras duas versões da mesma ficha, quando houve atualização a pedido da empresa e por força de mudança de norma.

ii) A ENCOMEX não possui empregados. Questionada sobre a ausência de funcionários, informou que utilizaria mão-de-obra de terceiros e estagiários para realizar as suas operações. Uma das empresas que seria utilizada seria a RIO CONSULT. Trecho abaixo, extraído do relatório fiscal, traz mensagens eletrônicas entre o sócio da empresa RIO CONSULT que trata da montagem de operações falsas para apresentar a Fiscalização com a finalidade de justificar as operações da empresa.

O sócio da RIO CONSULT, RICARDO GONÇALVES DE OLIVEIRA, aparece como “signatário” (ou autor) de um texto encontrado em meio digital em um dos computadores verificados por ocasião da diligência de 09/nov/2011. O arquivo “Roberval.docx”, gravado no Disco 216 e cujo código de autenticação gerado pelo Sistema de Validação e Autenticação de Arquivos Digitais – SVA (homologado pela Receita Federal do Brasil) é e3fd3c7c-46e81cb5-9765e00e-2f17da2b, revela uma preocupação do autor com as informações que seriam passadas à Fiscalização. A seguir, trechos deste documento:

Roberval

Boa noite

Tenho que esclarecer algumas logísticas para os Auditores Fiscais e ao mesmo tempo tentar demonstrar que não existe a interposição bem como a importação por encomenda.

Na montagem dos processo que fiz fiquei na duvida se não estou entregando o outro, pois acredito que pode ser caracterizado por encomenda, senão vejamos.

NO PRIMEIRO CASO ACHO QUE SIM, mas se voce oreintar que não, mando bala.

....

TUDO ISTO QUE ESTA NARRADO ACIMA ESTA ESCRITO NA CONTABILIDADE

NO SEGUNDO CASO ACHO QUE NÃO, mas por favor queira avaliar e me posicionar-me, além do PRIMEIRO CASO.

...

Caso não posso me descuidar e não quero me envolver numa situação de possivel risco, procuro a ajuda de quem realmente entende.

No aguardo

Abraços

Ricardo G Oliveira

RIO CONSULT BUSINESS SERVICES

iii) As operações da ENCOMEX demonstram a ausência de estrutura para armazenagem das mercadorias e as operações de importação eram concomitantes com as operações de saída, conforme identificado pela Auditoria Fiscal.

Inúmeros são os exemplos de mercadorias constantes de uma DI da ENCOMEX, sendo vendidas, todas de uma vez (numa nota fiscal), a outra empresa. Em diversos casos, a data de emissão da nota fiscal de saída é a mesma da nota de entrada, o que deixa mais evidente que o importador sabia para quem venderia os produtos importados. Em outros, as datas são muito próximas. Alguns exemplos estão anexos²²; são as notas fiscais nº 219, 220, 334, 335, 338, 339, 340, 396, 341, 387, 342, 388, 343, 389, 344, 390, 345, 391, 346, 392, 347, 393, 348, 394, 349, 395, 397, 398, 400 e 401.

As mercadorias seguiam diretamente do recinto alfandegado para o estabelecimento do cliente, conforme alegado pela própria empresa fiscalizada. Não havia passagem física da mercadoria pelos armazéns ou depósitos da ENCOMEX, pois não havia, até meados de 2009, local para armazenamento.

iv) A escrituração contábil da ENCOMEX revela que os adiantamentos dos clientes que operavam por conta e ordem eram registrados como empréstimos, que eram

quitados com mercadorias, simulando uma operação de adiantamento, conforme descrito no Termo de Verificação Fiscal.

Da análise da escrituração contábil da ENCOMEX, constatou-se que há provas de que a empresa sabia que receber recursos de clientes nacionais para, então, cobrir despesas decorrentes de operações de importação é irregular, embora a questão não seja saber ou não a legislação, uma vez que não se pode alegar desconhecimento da lei.

A questão é que, tendo plena consciência de que adiantamento de recursos é infração à legislação tributária, a ENCOMEX tentou dissimular o adiantamento de recursos recebidos da LUMAG pelas importações que viriam ser realizadas.

Nesta tentativa de dissimular, a empresa registra os primeiros adiantamentos de recursos como se fossem empréstimos (valores de R\$ 115.800,32 e R\$ 156.756,60), criando uma “obrigação” numa conta analítica do passivo, de nome (principal) “LUMAG” (código 10228), inserida numa conta sintética de “empréstimo de terceiros”.

Ora, uma empresa que recebe pagamento antecipado para uma venda futura deve registrar este fato com as contas adequadas: normalmente debita-se em uma conta do ativo circulante, como “bancos”, e credita-se uma conta do passivo circulante, como “adiantamento de clientes”.

Reforça que foi adiantamento, e não empréstimo, o fato de que a devolução do que se tomou dito como “emprestado” se deu com mercadorias, e não com os recursos financeiros, acompanhados ou não de juros.

v) A investigação das operações entre a LUMAG e a ENCOMEX demonstram de forma cabal as operações por conta e ordem, conforme bem detalhado no Termo de Verificação Fiscal.

Para cada situação (DSI ou DI de Admissão temporária, e DI de nacionalização ou DI de consumo), houve emissão de nota fiscal de entrada de nota fiscal de saída, sendo que se utilizou um CFOP para a admissão temporária e outro para a nacionalização ou consumo.

A ENCOMEX não possuía estrutura, funcionários, espaço físico, etc., para realizar testes ou ensaios em máquinas empregadas na indústria gráfica. As máquinas importadas, em geral, pesam toneladas e são grandes, incompatíveis com a sala comercial na avenida José de Sousa Campos. A empresa que faria isso (testes), de acordo com justificativa apresentada no registro das declarações de admissão temporária, era a LUMAG.

Ao ser admitida, a mercadoria era, então, encaminhada imediatamente à LUMAG. As datas de desembaraço da mercadoria, de emissão da nota fiscal de saída e de entrega da mercadoria (do recinto alfandegado ao importador) mostram

isso. Aliás, há um caso em que a data de emissão da nota fiscal de saída (nº 101) é anterior à data de desembaraço, e vários casos em que a (data de) emissão da nota fiscal de saída é anterior à (data de) entrega da mercadoria pelo recinto alfandegado!

vi) A análise dos contratos de câmbio comprovam, mais uma vez, a realização das operações de interposição entre a ENCOMEX e a LUMAG.

A ENCOMEX celebrou diversos contratos de câmbio (com o Banco do Brasil e com o Bradesco) para efetuar pagamentos aos exportadores.

Os pagamentos aos exportadores das importações das mercadorias vendidas à LUMAG se deram antes dos registros das respectivas declarações de importação e foram realizados, de fato, pela própria LUMAG através da transferência à ENCOMEX do recurso financeiro necessário à liquidação do contrato de câmbio.

É o que se constata da análise dos contratos de câmbio e de outros documentos, como os extratos bancários da ENCOMEX, as informações prestadas pela LUMAG em resposta ao termo nº 02 (a ser descrito em item mais à frente) e as informações prestadas pelo Banco do Brasil em atendimento à Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira nº 0817700.2010.00050-7.

Essa análise demonstra que a ENCOMEX realizou as importações com recursos da empresa ocultada LUMAG em desacordo com as normas que tratam esse tipo de operação.

As informações extraídas do Termo de Verificação Fiscal que motivaram o lançamento, meu sentir comprovam os fatos apurados pela Autoridade Autuante. Os exemplos, aqui apresentados, não citam todas as apurações realizadas pela Fiscalização, mas comprovam a existência de um esquema fraudulento, com objetivo de ocultar dos controles aduaneiros os reais adquirentes das mercadorias.

A solidariedade das empresas e pessoas físicas

Verificando todo o arcabouço de provas, constante dos autos, fica evidente o conhecimento das empresas LUMAG e ENCOMEX nas operações realizadas e da fraude ocorrida para ocultação dos reais adquirentes das mercadorias. Conforme já demonstrado, a ocultação dos operadores reais nas Declarações de Importação estão plenamente confirmadas nas informações e documentos apurados pela Auditoria Fiscal, onde são detalhadas as operações e responsabilidade de cada um das partes nas operações. Existindo o conhecimento

das empresas autuadas nas importações, não há como afastar a responsabilidade nas operações realizadas.

Quanto as pessoas físicas Luis Carlos Gomes, Márcia Alonso Tenório, Eric Moneda e Vera Lucia Moneda. As informações das operações realizadas pelo grupo, demonstram o envolvimento destes Recorrentes com as operações das empresas, demonstrando o conhecimento das operações ilegais realizadas pela empresa.

As pessoas físicas acima listadas, participam na empresa como administradores e neste ponto é mister adotar as determinações do art. 135 do CTN.

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado

Nos termos já delineados neste voto as empresas LUMAG e ENCOMEX praticaram atos ilegais ao atuarem para ilidir os controles fiscais e aduaneiros. A pratica de atos ilegais torna pessoalmente responsáveis os sócios administradores da LUMA e da ENCOMEX.

A alegação trazida nos recursos, que os autuados não teriam praticado atos de gerência não é suficiente para afastar a solidariedade, pois, como comprovado tais sócios eram gerentes administrativos das suas empresas.

Nos termos já decididos na decisão de piso, foram afastadas as responsabilidades solidária de Magda Laurinda Alonso dos Santos e Sheila Tatiana Tomaz Marazzatto, por não constarem como sócias administradoras das empresas no período da autuação e não existir a comprovação da participação nos atos praticados pela LUMAG e a ENCOMEX.

O restante das pessoas físicas arroladas pela Fiscalização são sócios administradores e no caso específico Márcia Alonso Tenório de Barros que atuou como administradora da LUMAG até a data de 09/12/2008 e portanto somente foi responsabilizada por atos praticados até esta data.

Assim, a decisão da primeira instância já fez a análise das situações de cada um dos solidários e manteve no lançamento as pessoas físicas que atuavam como administradores da LUMAG e da ENCOMEX.

Quanto a alegado cerceamento de direito de defesa dos sócios não vislumbro assistir razão aos recursos. As empresas foram objeto de fiscalização sendo realizadas as intimações e posteriormente no momento do lançamento fiscal foi lavrado o Termo de Sujeição Passiva onde foi descrito as penalidades impostas a LUMAG e a ENCOMEX , sendo concedido prazo para manifestação dos solidários que foram objeto de análise na primeira

instância, sendo realizada a ciência da decisão da DRJ, os solidários que foram mantidos na autuação apresentaram seus recursos voluntário que foram analisados neste voto. Todos os meios de defesa previstos no Processo Administrativo Fiscal foram concedidos as pessoas físicas solidárias não existindo cerceamento do direito de defesa ou qualquer outra irregularidade no lançamento fiscal ou no julgamento realizado pela primeira instância.

Quanto a alegação de Luis Carlos Gomes de nulidade da citação por edital. Entendo como perfeitamente legal a ciência realizada por edital, visto que, tal modalidade de citação está prevista no PAF, conforme bem detalhado no relatório de diligência da Unidade de Origem, existiram duas tentativas de ciência por via postal que não lograram êxito, sendo assim, correto o procedimento adotado da ciência por edital. Ademais, não se vislumbra nenhum prejuízo ao Recorrente, pois, apresentou seu recurso voluntário que foi considerado tempestivo, sendo enviado para este Conselho e objeto de julgamento neste voto.

Todos os fatos apurados no trabalho fiscal convergem para a realização de operações de importação utilizando da importação fraudulenta e ainda, que os sócios das empresas LUMAG e ENCOMEX que atuaram como administradores concorreram para a prática das operações. Firme neste entendimento deve-se aplicar as determinações expressas do artigo 95, inciso I e V, do Decreto-lei nº 37/66, que responsabiliza o adquirente de mercadoria de procedência estrangeira, no caso da importação realizada por sua conta e ordem.

Art.95 - Respondem pela infração:

I - conjunta ou isoladamente, quem quer que, de qualquer forma, concorra para sua prática, ou dela se beneficie;

II - conjunta ou isoladamente, o proprietário e o consignatário do veículo, quanto à que decorrer do exercício de atividade própria do veículo, ou de ação ou omissão de seus tripulantes;

III - o comandante ou condutor de veículo nos casos do inciso anterior, quando o veículo proceder do exterior sem estar consignada a pessoa natural ou jurídica estabelecida no ponto de destino;

IV - a pessoa natural ou jurídica, em razão do despacho que promover, de qualquer mercadoria.

V - conjunta ou isoladamente, o adquirente de mercadoria de procedência estrangeira, no caso da importação realizada por sua conta e ordem, por intermédio de pessoa jurídica importadora. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)(grifo nosso)

VI - conjunta ou isoladamente, o encomendante predeterminado que adquire mercadoria de procedência estrangeira de pessoa jurídica importadora. (Incluído pela Lei nº 11.281, de 2006)

As conclusões da Fiscalização sobre a vinculação das importações das empresas e das pessoas físicas são baseadas em procedimento de investigação detalhado e com

fundamentos robustos, não há como afastar após os relatos e informações obtidos, que existia a compra dos produtos importados com intervenção direta dos envolvidos.

Penalidade Aplicada

Por todas essas razões, descritas alhures, resta comprovado o artifício doloso adotado pela LUMAG e a ENCOMEX para ilidir os controles fiscais e aduaneiros ao realizarem operações tratadas como diretas, quando na verdade tratavam-se de operações por conta e ordem. Considerando a impossibilidade da aplicação da pena de perdimento, deve-se aplicar a conversão da multa de perdimento em 100% do valor da mercadoria, nos termos do art. 23, V e § 3º, do Decreto-lei 1.455/1976.

Diante do exposto voto por negar provimento aos recursos voluntários.

Winderley Moraes Pereira