ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 13971.720747/2013-75
CÓPIA

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

Processo nº	13971.720747/2013-75
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	**3302-002.870 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de	19 de março de 2015
Matéria	AUTO DE INFRAÇÃO - MULTA
Recorrente	D&A COMÉRCIO SERVIÇOS IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Data do fato gerador: 15/05/2008

INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA DE TERCEIROS. DANO AO ERÁRIO. PENALIDADE.

A importação de mercadorias destinadas a terceiro oculto, o real responsável pela operação, dá ensejo à pena de perdimento, ou sua conversão em multa, pela caracterização de interposição fraudulenta na importação.

PROVAS. COLHIMENTO.

Para instruir procedimento fiscal, o Auditor-Fiscal da RFB está autorizado legalmente a colher provas na Repartição da RFB, no domicílio fiscal eleito pelo sujeito passivo e outras autorizadas pelo Poder Judiciário.

SOLIDARIEDADE. LEGITIMIDADE PASSIVA.

Comprovado que terceiro tenha concorrido para a prática da infração ou dela tenha se beneficiado, fica caracterizado a solidariedade passiva tributária.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, pelo voto de qualidade, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do relator. Vencidos os conselheiros Jonathan Barros Vita, Fabiola Cassiano Keramidas e Cláudio Monroe Massetti, que davam provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

WALBER JOSÉ DA SILVA - Presidente e Relator.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/03/2015 por WALBER JOSE DA SILVA, Assinado digitalmente em 20/03/2015 por WALBER JOSE DA SILVA
Impresso em 23/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

EDITADO EM: 20/03/2015

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Walber José da Silva, Maria da Conceição Arnaldo Jacó, Paulo Guilherme Déroulède, Jonathan Barros Vita, Cláudio Monroe Massetti e Fabiola Cassiano Keramidas.

CÓPIA

Relatório

Por bem representar os fatos, transcrevo e adoto o relatório da decisão recorrida, como segue:

> Trata o presente processo de auto de infração, lavrado em 04/04/2013, em face do contribuinte em epígrafe, formalizando a exigência de multa proporcional ao valor aduaneiro, no valor de R$ 42.389,18, em virtude dos fatos a seguir descritos.
>
> A fiscalização apurou que a empresa em epígrafe não é a real adquirente das mercadorias importadas através da Declaração de Importação nº 08/0718843-8, registrada em 15/05/2008, em nome da empresa D&A COMERCIO E SERVIÇOS IMP E EXP LTDA. A empresa operava como interposta pessoa em comércio exterior, praticando assim infração de ocultação do sujeito passivo, com previsão de pena de perdimento às mercadorias transacionadas.
>
> Face ao que determina o art. 23, c/c o §3º, do Decreto-Lei n° 1.455, de 07 de abril de 1976, foi lavrado o presente Auto de Infração para a aplicação de multa equivalente ao valor aduaneiro das mercadorias importadas pela impossibilidade de apreensão de tais mercadorias.
>
> Foram autuados como Responsáveis Solidários Pessoais (Sócios de Fato/Administradores da D&A):
>
> • CAIO MARCELO DEBOSSAN, CPF 936.292.65987; e
>
> • ÉRICA DEBOSSAN REINERT, CPF 919.869.82904.
>
> Cientificado do auto de infração, pessoalmente, em 09/04/2013 (fls. 471 do processo digital), os contribuintes D&A COMERCIO E SERVICOS IMP E EXP LTDA, CAIO MARCELO DEBOSSAN e ÉRICA DEBOSSAN REINERT protocolizaram impugnação conjunta, tempestivamente em 09/05/2013, na forma do artigo 56 do Decreto nº 7.574, de 29/09/2011, de fls. 475 à 533, instaurando assim a fase litigiosa do procedimento.
>
> Alegou-se que:
>
> PRELIMINARMENTE.
>
> - ILICITUDE E IMPRESTABILIDADE DAS PROVAS EMPRESTADAS - AUSÊNCIA DE PROVAS - NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/03/2015 por WALBER JOSE DA SILVA, Assinado digitalmente em 20/03/2015 por WALBER JOSE DA SILVA
Impresso em 23/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Os documentos e HDs apreendidos no Mandado de Busca e Apreensão jamais poderiam ter sido utilizados como provas para o presente procedimento fiscal, eis que:

O compartilhamento dos documentos apreendidos (que jamais foram submetidos ao contraditório e ampla defesa), somente poderia ter sido realizado ao término do Inquérito Policial, o que até hoje não ocorreu;

A grande maioria dos documentos apreendidos eram da empresa Debossan Despachos Aduaneiros e não da D&A Comércio Exterior, e;

As infrações apuradas no presente auto de infração não guardam qualquer relação com os crimes apurados no inquérito policial, razão pela qual se tornam imprestáveis para tanto.

- COMPARTILHAMENTO DE PROVAS INOBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA INOBSERVÂNCIA DE CONDIÇÃO PARA O COMPARTILHAMENTO NULIDADE DO PROCEDIMENTO FISCAL

Para fins de aplicação da pena de perdimento e das supostas infrações apontadas no Auto de Infração, a Autoridade Fiscal se valeu EXCLUSIVAMENTE de provas (invasão domiciliar para apreensão de documentos e quebra de sigilo bancário e telemático) que não merecem respaldo jurídico, vez que ilícitas.

Qualquer prova obtida com violação a essas ou outras garantias as quais, constitucionalmente asseguradas, não podem ser admitidas.

Junta textos da Jurisprudência Judicial a respeito do assunto: STF, Voto do Rel. Min. Ilmar Galvão na AP 307-3-DF, DJU 13/10/95.

No caso concreto, as provas utilizadas foram "emprestadas" dos autos do INQUÉRITO POLICIAL N° 2006.72.00.08132-0 (2005.72.00.013479-3) que tramita na Justiça Federal da Comarca de Florianópolis/SC.

A D&A não faz parte daquele processo! Nunca teve acesso àqueles autos! Sequer lhe foi dado o direito ao contraditório e à ampla defesa sobre as provas colhidas naquele inquérito. Não merece qualquer respaldo jurídico a prova que não é submetida ao contraditório e à ampla defesa, devendo ser rechaçada, pois ilícita!

Junta textos da Jurisprudência Administrativa a respeito da validade da "Prova Emprestada".

Tais provas, ainda que pudessem ser admitidas para o presente processo fiscal, somente poderiam ter sido utilizadas "após o sucesso das investigações policiais", ou seja, após o trânsito em julgado daquele processo, pois, sem isso, não se pode verificar o "sucesso" das investigações.

Outra irregularidade nas provas emprestadas. Conquanto o sigilo tenha sido quebrado "pelos últimos 5 anos" daquele despacho (diga-se, de 08/Ago/2000 a 08/Ago/2005). verifica-se que as TODAS as provas juntadas ao presente processo fiscalizatório possuem datas POSTERIORES ao ano de 2005! Aliás, o próprio MPF-F menciona que o período das apurações é de 2006 a 2008.

Logo, resta cristalino que a autoridade fiscal excedeu os poderes que lhe foram conferidos para a quebra dos sigilos daquelas empresas relacionadas no

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/03/2015 por WALBER JOSE DA SILVA, Assinado digitalmente em 20/03/2015 por WALBER JOSE DA SILVA
Impresso em 23/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

despacho judicial, evidenciando ainda mais a ilicitude da prova, imprestável, portanto, ao fim que se destina.

Por essas razões, IMPUGNAM-SE, desde já, TODAS as provas juntadas no presente procedimento que tiveram origem do Mandado de Busca e Apreensão em questão.

- APREENSÃO DE DOCUMENTOS - EMPRESA DIVERSA DA INVESTIGADA - AUSÊNCIA DE MANDADO JUDICIAL ESPECÍFICO - ILICITUDE DAS PROVAS - NULIDADE.

Não obstante as ilegalidades apontadas no item anterior, outro ponto ainda mais abjeto quanto às provas utilizadas no presente procedimento fiscal é que muitas delas foram colhidas na empresa Debossan Despachos Aduaneiros Ltda., empresa para a qual as autoridades fiscais e policiais não detinham Mandado Judicial para realizar as apreensões.

Todos os documentos referentes à etapa 'pré-importação', tais como planilhas de custo de importação, licenciamentos de importação, certificados de conformidade de produtos, laudos, bem como aqueles referentes ao despacho aduaneiro além de CPU's (dentre os itens 1 a 12 do Auto de Apreensão) estavam na posse e propriedade da empresa Debossan Despachos Aduaneiros e não da D&A Comércio Exterior.

Embora a empresa Debossan Despachos Aduaneiros prestasse serviços de desembaraço de mercadorias para a empresa D&A Comércio Exterior (dentre outras empresas), certo é que na época dos fatos, a Debossan Despachos Aduaneiros funcionava em endereço contíguo ao endereço da D&A Comércio Exterior Ltda, ambas no Edifício Tóquio, um prédio comercial situado na Rua General Osório, n° 880 com diversas salas comercia.

Enquanto a D&A estava localizada na Rua General Osório, n° 880, sala L Debossan Despachos Aduaneiros funcionava na sala ao lado, ou seja, no endereço Rua General Osório, n° 880, sala 05.

Veja-se que a autorização judicial não especificou em qual sala do Edifício Tóquio, na Rua General Osório, 880, funcionava a empresa D&A, mas apenas fez referência que seria no andar térreo.

Ocorre que o Mandado de Busca e Apreensão, expedido única e exclusivamente para diligências na empresa D&A Comércio Exterior, foi levado a cabo também nas dependências da empresa Debossan Despachos Aduaneiros. Tal fato ocorreu, provavelmente porque o endereço constante do Mandado não especificava a sala, mas apenas que a empresa funcionava no andar térreo.

Ao invés de certificar-se de que no andar térreo funcionavam duas empresas distintas, o que fez a autoridade policial foi utilizar-se daquela 'ambiguidade' constante da autorização judicial para fazer uma devassa não somente nos computadores da D&A Comércio Exterior, como também da empresa Debossan Despachos Aduaneiros.

Aliás, diga-se de passagem, que o endereço constante no mandado de busca e apreensão não foi informado pela Juíza Federal, mas pela própria autoridade policial. Sendo assim, tudo leva a crer que a autoridade policial, certa de que não obteria um mandado de busca na empresa Debossan Despachos, utilizou-se de meios escusos (a informação de endereço não específico), induzindo o magistrado em erro

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/03/2015 por WALBER JOSE DA SILVA, Assinado digitalmente em 20/03/2015 por WALBER JOSE DA SILVA
Impresso em 23/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

na decretação da medida cautelar. Dessa forma, conseguiria justificar a apreensão de bens e documentos não só na empresa D&A, mas também na Debossan Despachos Aduaneiros.

Por esses motivos, imperioso reconhecer-se a ilicitude das provas utilizadas no presente procedimento fiscal, devendo-se declarar a nulidade de todo o procedimento por mais esse motivo.

- APREENSÃO DE DOCUMENTOS - INVESTIGAÇÃO CRIMINAL - INEXISTÊNCIA DE CORRELAÇÃO ENTRE OS CRIMES INVESTIGADOS E AS INFRAÇÕES APURADAS - ILICITUDE DAS PROVAS - NULIDADE.

Para se conseguir que aquela investigação alcançasse a empresa Impugnante, alegou-se que a D&A estaria envolvida com o Grupo Roger Tur, efetuando remessas cambiais às margens oficiais com o fim de subfaturamento de mercadorias.

Contudo, em que pese toda a devassa realizada contra a Impugnante, com a quebra do seu sigilo fiscal, bancário, invasão domiciliar através da busca e apreensão de documentos sem mandado de procedimento fiscal, quebra de sigilo de dados, dentre outros, nenhuma prova ou qualquer indício de prova foi encontrado que pudesse ligar a D&A Comércio Exterior com o Grupo Roger Tur originalmente investigado.

Por outro lado, de posse de todos aqueles dados, a autoridade fiscal lavrou o presente Auto de Lançamento apurando supostas infrações administrativas no controle aduaneiro, como a multa por prestação de informações incorretas no comércio exterior, suposta ocultação do real adquirente de mercadorias ou, em alguns casos, multas por embarques de mercadorias sem o licenciamento de importação prévio.

Ocorre que, de todas as infrações apuradas pela autoridade fiscal ao longo desses anos de fiscalização, nenhuma possui correlação com os crimes investigados no 'processo-mãe' do grupo Roger Tur.

As penalidades aplicadas contra a Impugnante fogem à finalidade para a qual o Mandado de Busca e Apreensão fora concedido: apurar a evasão de divisas ou prática cambial às margens oficiais!

Por esse motivo, não se pode aceitar como lícita a prova utilizada no presente processo pois não se presta ao fim a que se destinava.

Está-se diante de uma verdadeira inversão das garantias fundamentais do cidadão, insculpidas no art. 5º da Constituição Federal, o que jamais poderá prosperar, devendo ser reconhecida desde já por esse ilustre julgador, ainda que em sede administrativa.

Não é admissível que uma quebra de sigilos e garantias, com finalidade específica diante do objeto próprio do processo investigatório em curso, seja deturpada a ponto de chegar-se a uma divulgação maior, fora dos parâmetros desse processo, para alcançar infrações administrativas que nenhuma relação possuem com o alvo inicial a que se destinava.

A excepcional quebra do sigilo bancário da Impugnante foi autorizada com um único fim: comprovar de alguma forma a remessa de divisas ao exterior às margens oficiais. No entanto, a autoridade fiscal utilizou tais extratos para tentar

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/03/2015 por WALBER JOSE DA SILVA, Assinado digitalmente em 20/03/2015 por WALBER JOSE DA SILVA
Impresso em 23/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

caracterizar infrações de natureza eminentemente administrativa, longe de caracterizar um ilícito penal.

No caso em análise, houve verdadeira deturpação da ressalva constitucional para fins escusos. Utilizou-se de meras suposições, sem respaldo em qualquer documentação probante, para a concessão das medidas judiciais próprias e exclusivas da investigação criminal.

Desde o início do procedimento criminal, as quebras dos sigilos da Impugnante, bem como o Mandado de Busca e Apreensão, foram baseados em supostos crimes contra a ordem tributária, praticados pela empresa D&A. É sabido que a propositura de ação penal, bem como o procedimento prévio investigatório de crimes somente pode ser admitido após ocorrido o lançamento definitivo do tributo, assim entendido aquele que não comporte mais qualquer recurso na fase administrativa.

Trata-se, portanto, de expedientes próprios da investigação criminal sendo claramente utilizados de forma indevida para a definição de infrações de cunho administrativo ou créditos tributários.

Impossível se referendar tal prática, devendo-se reconhecer a ilicitude das provas utilizadas no presente procedimento fiscal, vez que não guardam qualquer relação com os crimes para os quais as quebras das garantias constitucionais foram autorizadas, determinando-se o cancelamento do Auto de Lançamento ora impugnado.

- AUSÊNCIA DE MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL DE FISCALIZAÇÃO (MPF-F) FISCALIZAÇÃO IRREGULAR - NULIDADE DO PROCEDIMENTO FISCAL E DO AUTO DE INFRAÇÃO

O procedimento fiscal em comento foi instaurado sem o prévio e necessário Mandado de Procedimento Fiscal de Fiscalização - MPF-F, o que causa evidente e manifesta ilegalidade, por inobservância dos arts. 2º e 3º da Portaria RFB 3.014/2011.

À época em que a Autoridade Fiscal deu início ao Procedimento de Fiscalização, dispunha apenas e tão somente de um Mandado de Procedimento Fiscal de Diligência, que, de acordo com a própria legislação que trata da matéria, não se presta para a realização de procedimento fiscal.

Aliás, o próprio relatório do Auto de Infração ora impugnado demonstra claramente que somente em 16 junho de 2011 houve a conversão do Mandado de Procedimento Fiscal de Diligência em Mandado de Procedimento Fiscal de Fiscalização (Doc. 53 e fls. 18/19 do Auto de Infração). Ou seja, todos os atos de fiscalização praticados pelas Autoridades entre 21/10/2010 e 16/06/2011 são manifestamente nulos, por ausência de MPF-F. Já os praticados posteriormente, são igualmente nulos, pois decorrem de atos nulos praticados anteriormente (observância da teoria dos frutos da árvore envenenada).

Transcreve os artigos 2º e 3º da Portaria da RFB n° 11.371/2007.

Transcreve os artigos 2º e 3º da Portaria da RFB n° 3.014/2011.

Portanto, necessitavam as Autoridades Fiscais, desde o início do procedimento fiscal, de um mandado de procedimento fiscal de fiscalização, nos

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/03/2015 por WALBER JOSE DA SILVA, Assinado digitalmente em 20/03/2015 por WALBER JOSE DA SILVA
Impresso em 23/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

termos dos arts. 2º e art. 3º de ambas as portarias, acima transcritas, o que não ocorreu, gerando inequívoca ilegalidade, passível de anulação do Auto de Infração.

Dessarte, muito mais do que um mero instrumento de controle interno é uma garantia do contribuinte, para que, mediante a apresentação do MPF-F lavrado contra si, possa invocar desde o início da fiscalização todos os princípios que a norteiam, notadamente o da ampla defesa e do contraditório.

Junta textos da Jurisprudência Administrativa a respeito do assunto.

- EXCESSO DE PRAZO NA CONCLUSÃO PROCEDIMENTAL - AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO SOBRE AS PRORROGAÇÕES DO MPF-F - NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO.

O lançamento tributário é um ato administrativo de ofício, e como tal, somente poderá se aperfeiçoar se forem seguidos todos os seus requisitos essenciais, procedimentos imprescindíveis à sua perfectibilidade. Da mesma forma, o sujeito contra o qual foi procedido o conjunto de atos, deve tomar a devida e regular ciência dos mesmos.

No caso concreto, além do vício formal por falta de MPF-Fiscalização para realizar o Procedimento Fiscal em questão, a autoridade fiscalizadora também extrapolou os prazos legais para a realização da fiscalização instaurada, além de não ter intimado regularmente os Impugnantes acerca das prorrogações dos prazos do MPF.

É certo que, se por um lado é dado à autoridade fiscal o poder de fiscalizar, por outro lado tal poder está submetido a certos limites, dentre os quais, o prazo para a conclusão dos seus atos. Certamente o contribuinte não pode ser submetido a um procedimento de fiscalização eterna. No caso concreto, portanto, evidenciou-se verdadeiro abuso do poder fiscalizatório.

Não existe fiscalização por prazo indeterminado. Quando a autoridade fiscal inicia seu trabalho é obrigado a emitir um termo de início. Nesse termo já deve constar prazo máximo para o término do trabalho.

Emitido o MPF-D no dia 07/out/2010 a autoridade fiscalizadora detinha o prazo máximo de sessenta dias para sua conclusão, ou seja, deveria necessariamente terminar seu procedimento até o dia 06/Jan/2011 ou, solicitar a prorrogação da fiscalização, desde que devidamente justificada, sob pena de arquivamento do processo.

Além do mais, verifica-se que houve diversas prorrogações do prazo do MPF, sem que, contudo, os Impugnantes fossem cientificados a respeito, em total afronta ao disposto no art. 9º, parágrafo único, da então vigente Portaria RFB 11.371/2007.

Aliás, os Impugnantes solicitaram expressamente que, caso ocorressem prorrogações desta natureza, fossem estes expressamente notificados a respeito. No entanto, o pleito foi negado ao errôneo argumento de que não haveria previsão legal para tal pedido.

No entanto, consoante se pôde ver da leitura do parágrafo único do art. 9º da Portaria que regulamente o MPF, o pleito dos Impugnantes tinha, sim, base legal, razão pela qual devia ter sido atendido. Assim, ao negar o pedido dos Impugnantes, incorreu a Autoridade Fiscal em novo ato ilegal, que acarreta em nulidade todos os atos praticados, mormente porque agiram em total afronta aos princípios

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/03/2015 por WALBER JOSE DA SILVA, Assinado digitalmente em 20/03/2015 por WALBER JOSE DA SILVA
Impresso em 23/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

constitucionais da publicidade dos atos administrativos, ao direito de informação, da ampla defesa e do contraditório.

Diante disso, deve ser declarado nulo o AI por vício formal.

- ILEGITIMIDADE DE CAIO MARCELO DEBOSSAN E ÉRICA DEBOSSAN REINERT PARA FIGURAREM SOLIDARIAMENTE NO PÓLO PASSIVO DO AUTO DE INFRAÇÃO

- Aspectos Fáticos Relevantes da Empresa D&A (Impugnante)

O impugnante faz um relato sobre a constituição da empresa D&A Comércio Exterior Ltda.

Ao se consultar o histórico de importações da empresa D&A, poder-se-á constatar que as importações em seu nome iniciaram efetivamente a partir de Junho de 2005, justamente por conta do benefício fiscal que lhe fora concedido naquele mês.

Portanto, embora o foco da empresa D&A tenha mudado, iniciando como uma empresa prestadora de serviços de despacho aduaneiro (em 2003) e consolidando-se como uma empresa comercial importadora (a partir de Jun/2005), a sua motivação negocial foi sempre muito bem definida. Todas as alterações contratuais foram realizadas conforme os ditames da lei vigente, sempre administrada pela sua sócia Josiane Denise dos Santos Debossan, essa, aliás, quem deu verdadeira guinada nas atividades da empresa, colocando-a no rumo em que se encontra hoje, não havendo qualquer irregularidade a ser apontada.

- Das Motivações da Autoridade Fiscal para Inclusão de Caio Marcelo Debossan e Érica Debossan Reinert como Responsáveis Solidários.

Pelo que se depreende do Relatório do Auto de Infração, conjuntamente do que a autoridade fiscal denominou "Anexo Probante da Sociedade de Fato Caio-Érica", a razão que levou à inclusão dos Despachantes Aduaneiros e sócios da Debossan Despachos Aduaneiros 1 (Sr. Caio Debossan e Érica Debossan) a figurarem como responsáveis solidários do presente Auto, foi que a AFRFB entendeu serem eles "sócios ocultos" da empresa D&A.

Acontece que a Autoridade Fiscal, data vênia, parte de uma premissa totalmente equivocada para chegar a tal conclusão.

A Autoridade Fiscal sustenta que Caio e Érica teriam "tentando ocultar-se do quadro societário da empresa D&A com o uso de seus cônjuges na sociedade de direito", e que apesar de a legislação ter desvinculado funcionalmente a profissão de despachante aduaneiro da administração pública, dotou-a de múnus público com a impossibilidade de comercializar mercadorias estrangeiras, pois se isso fosse possível "colocaria o despachante aduaneiro em franca vantagem concorrencial, ante as informações de que dispõe em razão de sua profissão, *mutatis mutandis*, o que o assemelha a um servidor público".

Caso a premissa adotada pela Autoridade Fiscal fosse verdadeira, então nenhum servidor público poderia ter seu cônjuge sócio de uma empresa privada.

Para se demonstrar que a premissa adotada pela Autoridade Fiscal é falha, toma-se como exemplo os inúmeros auditores fiscais cujos cônjuges fazem parte do quadro societário de empresas privadas (muitas vezes de empresas importadoras). No caso hipotético, então, esses funcionários públicos teriam que ser considerados

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/03/2015 por WALBER JOSE DA SILVA, Assinado digitalmente em 20/03/2015 por WALBER JOSE DA SILVA
Impresso em 23/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

"sócios ocultos daquelas empresas visando obter franca vantagem concorrencial ante as informações de que dispõe". Tal linha de raciocínio, evidentemente, não pode prosperar.

Além disso, interessante abrir um parêntesis nesse ponto para uma argumentação sob o plano hipotético, a fim de se demonstrar, sob outro ângulo, que as premissas tomadas pela Autoridade Fiscal são equivocadas.

É que, caso a vedação do art. 10, I do Dec. 646/92 pudesse ser considerada válida, mesmo assim ela não atingiria o despachante aduaneiro sócio de uma empresa atuante na importação por conta e ordem.

Se por um lado a empresa D&A Comércio Exterior Ltda. sempre foi gerenciada e administrada pela Josiane dos Santos Debossan (conforme pode ser comprovado pelo simples constatação de que é ela quem assina todas as procurações da empresa, livros fiscais, contratos com terceiros, negocia valores, etc.), por outro lado, Caio e Érica Debossan sempre atuaram como sócios e despachantes da empresa Debossan Despachos Aduaneiros Ltda.

Não há que se confundir as duas empresas, pois distintas não só de fato, como também de direito. Da mesma forma, não há o que se falar em sociedade oculta, vez que os sócios de cada pessoa jurídica são conhecidos e exercem suas devidas funções.

Ora, o fato das duas empresas terem sócios com laços familiares entre si, não tem o condão de desconsiderar suas personalidades jurídicas. Da mesma forma, não se pode presumir que Caio Debossan e Érica Debossan seriam sócios da empresa D&A pelo simples fato de que seus cônjuges é quem figuram no seu quadro societário, quando todos os documentos jurídico-legais da empresa demonstram o contrário. É um total disparate.

Por sua vez, a alegação de que Josiane Debossan e Ivan Luiz Reinert seriam sócios "laranja" ou "presta nomes" também não passa de uma suposição descabida de qualquer fundamentação legal. No que tange especificamente o sócio da D&A, o Sr. Ivan Luiz Reinert, é certo que ele é apenas um sócio quotista e não detinha cunho gerencial na empresa. Aliás, possuía, sim, outro emprego em empresa diversa.

É uma verdadeira aberração a presunção feita pela autoridade fiscal, de que Josiane Debossan seria uma 'sócia laranja', baseado numa simples conversa, desconsiderando todo o histórico gerencial da empresa realizado sempre pela Josiane Debossan.

A empresa D&A se consolidou na prestação serviços de importação por conta e ordem de terceiros. Todo e qualquer outro serviço atrelado ao comércio exterior, como agenciamento de frete, preparação de documentos, desembaraço aduaneiro, etc. era prestado e cobrado pela Debossan Despachos Aduaneiros.

Portanto, esse é o motivo para que Caio e Érica (sócios de fato e de direito Debossan Despachos) recebessem o percentual maior das comissões, repar do restante aos demais. Ou seja, mais um grande equívoco da autoridade fiscal.

Érica Debossan, assim como inúmeros outros despachantes aduaneiros que trabalhavam para a D&A Comércio Exterior Ltda., eram apenas mandatários daquela empresa. Érica ao fazer contato com a ANP e buscar subsídios para realizar o cadastro de um dos seus clientes junto àquele órgão estatal, estava simplesmente exercendo seu mister.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/03/2015 por WALBER JOSE DA SILVA, Assinado digitalmente em 20/03/2015 por WALBER JOSE DA SILVA
Impresso em 23/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Como se sabe, a ANP é um dos inúmeros órgãos anuentes de licenciamentos de importação para determinadas mercadorias, razão pela qual Érica Debossan, na qualidade de despachante da D&A, estava angariando informações e procedimentos para que Josiane Debossan realizasse o cadastro de sua empresa junto àquele órgão.

Érica Debossan representava, então, a empresa D&A, por força do Mandato que lhe havia sido conferido.

O que parece é que a autoridade fiscal pretende fazer crer que a sócia administradora de sua empresa não poderia terceirizar nenhum serviço, devendo pessoalmente tratar de todas as questões burocráticas, e, quiçá, cuidar pessoalmente do desembaraço aduaneiro. Um total desconhecimento da realidade empresarial.

Merece destaque esse ponto, para se frisar que a importação por conta e ordem em Santa Catarina é regra, não exceção. Somente as empresas que possuem seus próprios benefícios fiscais de ICMS é quem realizam importações diretas. Sendo assim, despachantes aduaneiros da região invariavelmente firmam parcerias com empresas importadoras de sua confiança, pois se assim não o fizerem, o importador buscará outra comercial importadora e, consequentemente, irá desembaraçar suas mercadorias com outro despachante aduaneiro.

Logo, a indicação de empresas comerciais importadoras/exportadoras (assim como empresas de outros ramos, como as de transporte nacional, agentes de carga internacional, inspetores de qualidade, corretores de seguros, tradutores e intérpretes, especialistas em classificação aduaneira, agências bancárias, despachantes aduaneiros dentre outras várias que gravitam a atividade de comércio exterior) é prática comum comercial, eis que se depende de vários prestadores de serviços terceirizados para a internação de mercadorias ou seu envio para o exterior.

Contudo, a simples indicação da empresa D&A pela Érica Debossan não pode conduzir ao entendimento de que essa a gerenciava. Fosse assim, Érica e Caio Debossan teriam que ser considerados "sócios ocultos" de inúmeras outras empresas, tais como a ES Logística (parceiros da Debossan Despachos Aduaneiros no transporte internacional); Torre Corretora de Seguros (parceiros da Debossan Despachos Aduaneiros nos seguros internacionais de carga), dentre inúmeros outros.

A fim de se esclarecer o imbróglio causado pela autoridade fiscal, veja-se que em verdade, o site www.deacomex.com.br é destinado ao "Grupo D&A", ou seja, à todas as empresas pertencentes à família Debossan que atuam no comércio exterior.

São ao todo três empresas distintas (D&A Com. Serv. Imp. Exp. Ltda.; Debossan Despachos Aduaneiros Ltda. e; Confiança Comércio Exterior Ltda.), com motivos negociais específicos a cada uma delas.

Não se confundem nem se misturam. Atuam individualmente e livremente, cada qual no seu segmento de mercado.

Veja-se, portanto, que embora se tratem de empresas distintas, com o passar dos anos, por serem da mesma família, passou-se a chamá-las apenas como "D&A". Isso, contudo, não quer dizer que esteja se falando apenas da D&A Comércio Serviços Importação Exportação Ltda. (ora Impugnante), mas sim do Grupo de Empresas D&A (Confiança; Debossan e D&A).

Por fim, cumpre lembrar que somente poderia a autoridade fiscalizadora incluir os sócios Caio Debossan e Érica Debossan como solidariamente responsáveis no presente auto de infração, caso tivesse comprovado que os mesmos tiveram agido

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/03/2015 por WALBER JOSE DA SILVA, Assinado digitalmente em 20/03/2015 por WALBER JOSE DA SILVA
Impresso em 23/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

com excesso de poderes, infração de lei, ou em caso de dissolução irregular da empresa, nos termos do art. 135 do CTN.

Entretanto, nenhuma das hipóteses ocorreu conforme amplamente demonstrado na presente peça impugnatória. Ainda que ao final da presente Impugnação se entenda que alguma infração tenha ocorrido, certo é que isso não terá o condão de desconsiderar a personalidade jurídica limitada da empresa Impugnante, ao ponto de alcançar qualquer pessoa física que seja, muito menos terceiros que em nada contribuíram para tal infração, tampouco puderam se beneficiar dela.

- ILEGITIMIDADE PASSIVA DA D&A PARA APLICAÇÃO DA PENA DE PERDIMENTO E MULTA DE CONVERSÃO

Ainda que se admitisse como correta a aplicação da pena de perdimento e a multa de conversão dela decorrente, mesmo nessa hipótese o Auto de Infração deve ser anulado, diante da manifesta ilegitimidade passiva da D&A.

É que a pena de perdimento da mercadoria importada, quando constatada a ocultação do real importador, mediante fraude ou interposição fraudulenta, é sanção que visa punir o real encomendante/adquirente da mercadoria, e não o importador ostensivo, pois este deve ser punido apenas com multa de 10% pela cessão de nome.

Essa é, aliás, a exegese que se extrai da conjugação do art. 33 da Lei 11.488/07 com o art. 23, V do Decreto Lei 1.455/76.

Cita Jurisprudência Administrativa, em relação aos seguintes acórdãos da DRF-SP: ACÓRDÃO N° 17-28100; ACÓRDÃO N° 17-28104 e ACÓRDÃO N° 17-24943.

Pelo mesmo motivo, também não se admite que o adquirente seja punido, solidariamente ao importador, com a multa do artigo 33 da Lei 11.488, sob pena de estar-se ferindo o princípio do *non bis in idem.*

Transcreve o art. 100 do Decreto-Lei 37/66.

Não bastasse o erro de tipificação legal, é certo que a manutenção da multa de conversão da pena de perdimento em face da D&A causará inegável *bis in idem*, pois tal empresa já está respondendo a outro Auto de Infração, de n° 13971.722508/2011-98, no qual lhe fora aplicada justamente a pena de 10% pela cessão de nome.

Assim, se a própria Receita Federal reconhece que a D&A deve ser multada apenas em 10% do valor da operação pela cessão de nome para a importação, não pode figurar, concomitantemente, como sujeito passivo na aplicação da pena de perdimento das mercadorias nem suportar a multa de conversão, no valor aduaneiro das mesmas, pois estaria sendo punida duas vezes pelo mesmo fato.

Face ao exposto, o presente Auto de Infração deve ser integralmente anulado ou julgado integralmente improcedente, por erro de tipificação legal.

- AUSÊNCIA DE PROVA DO CONSUMO DAS MERCADORIAS - MERA PRESUNÇÃO - CERCEAMENTO DE DEFESA - IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA DE PERDIMENTO EM MULTA.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/03/2015 por WALBER JOSE DA SILVA, Assinado digitalmente em 20/03/2015 por WALBER JOSE DA SILVA
Impresso em 23/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

É de fácil percepção, portanto, que a conversão da pena de perdimento em multa equivalente ao valor aduaneiro pressupõe a prova da impossibilidade de localização das mercadorias ou de que foram consumidas.

Acontece que, no caso concreto, a Autoridade Fiscalizadora aplicou a multa em questão por mera presunção pessoal, pois, pelo que consta nos autos, não foram realizadas diligências nem constatações suficientes, conclusivas, que apontassem claramente que as mercadorias não foram encontradas, ou que já foram consumidas.

Do extenso relatório do Auto de Infração impugnado não se extrai qualquer prova de que a Receita Federal tenha buscado 'localizar' a mercadoria em questão.

E foi exclusivamente com base neste suposto 'consumo da mercadoria' que a Autoridade Fiscal, de imediato, converteu a pena de perdimento em multa equivalente ao valor aduaneiro.

Junta textos da Jurisprudência Administrativa e Judicial a respeito do assunto.

Não bastasse a flagrante ilegalidade acima apontada, é de se reconhecer também a existência de FLAGRANTE CERCEAMENTO DE DEFESA da D&A, pois esta sequer foi intimada a prestar informações ou esclarecimentos a respeito da localização das mercadorias que envolvem este Auto de Infração.

Ora, se a D&A é quem foi autuada pela pena de perdimento convertida em multa equivalente ao valor aduaneiro, necessariamente deveria ser intimada a prestar esclarecimentos, informar o paradeiro/situação das mercadorias ou, pelo menos, se defender.

Dessa forma, ante a ausência de intimação da D&A, necessária se mostra a completa anulação do Auto de Infração ora impugnado, notadamente porque se está diante de inegável afronta a princípios basilares do Estado Democrático de Direito: ampla defesa e contraditório.

Junta textos da Jurisprudência Administrativa e Judicial a respeito do assunto.

Da mesma forma, face à ausência de intimação da D&A, para que esta pudesse apresentar as mercadorias destinadas à pena de perdimento ou, no mesmo prazo, esclarecimentos a respeito das mesmas, resta igualmente prejudicada a aplicação da pena de perdimento e da multa de conversão dela decorrente, inclusive por violação direta aos direitos constitucionais da ampla defesa e contraditório (CF 5º LV), motivos pelos quais deve ser decretada a nulidade deste Auto de Infração.

- INEXISTÊNCIA DE SONEGAÇÃO, FRAUDE E CONLUIO.

A pena de perdimento das mercadorias é sanção aplicável aos casos de comprovada fraude na operação de importação ou de exportação. O próprio art. 23, V do DL 1.455/1976, no qual a Autoridade Fiscal embasa sua autuação, pressupõe a existência de fraude para que reste caracterizado o dano ao Erário.

No caso em apreço, contudo, não houve ação nem omissão dolosa. O que houve foi um mero equívoco operacional, um erro de preenchimento da DI, que jamais pode ser considerado doloso, até porque esta "conduta" dolosa não traria benefício algum à Impugnante.

Além do mais, a conduta dolosa deve, NECESSARIAMENTE, ter por escopo impedir ou retardar o conhecimento da ocorrência do fato gerador ou de situações pessoais que sejam capazes de afetar a obrigação ou o crédito tributário, o que

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/03/2015 por WALBER JOSE DA SILVA, Assinado digitalmente em 20/03/2015 por WALBER JOSE DA SILVA
Impresso em 23/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

evidentemente não ocorreu no caso em tela, porquanto TODOS OS TRIBUTOS INCIDENTES NA OPERAÇÃO FORAM REGULARMENTE RECOLHIDOS!

Em outras palavras, se a conduta da D&A não impediu o conhecimento do fato gerador dos tributos, nem afetou a obrigação tributária e o crédito tributário, não há que se falar em sonegação, como quer fazer crer a Autoridade Fiscal. Aliás, agarra-se tal autoridade no frágil argumento de que a conduta em tela visaria à quebra da cadeia do IPI, o que à toda evidência não prospera, consoante restará demonstrado em tópico apartado.

Diante disso, não há que subsistir a forçosa alegação de que a D&A teria agido de forma fraudulenta, pois mesmo eventual erro no preenchimento da DI, além de não ser uma conduta deliberada (dolosa), não contribuiu em nada para que tributos deixassem de incidir ou deixassem de ser pagos, ou ainda que incidissem de forma reduzida.

E, se não há fraude, também não há que se falar na aplicação da pena de perdimento das mercadorias, razão a mais para se julgar integralmente improcedente este lançamento tributário.

Transcreve o artigo 73 da Lei n° 4.502/64.

Nessa toada, mero juízo de delibação é suficiente para verificar que o conluio só existirá se houver a presença de sonegação e/ou fraude. No entanto, restou sobejamente demonstrado que em momento algum a D&A agiu de forma dolosa, a fim de praticar sonegação ou fraude, mormente porque todos os tributos foram regularmente recolhidos. Assim sendo, ante a inexistência de fraude ou sonegação, não há que se falar em conluio com a D&A.

- INOCORRÊNCIA DE OCULTAÇÃO OU DE SIMULAÇÃO - INEXISTÊNCIA DE BURLA AOS CONTROLES ADUANEIROS - IMPORTAÇÃO DIRETA PARA REVENDA REGULARMENTE CARACTERIZADA

Junta textos da doutrina de Hugo de Brito Machado e Heleno Taveira Tôrres a respeito do assunto.

No presente caso, verifica-se que a Autoridade Fiscal fundamenta a aplicação da penalidade de perdimento das mercadorias ao argumento de que se estaria diante de uma interposição fraudulenta. E esta, por sua vez, seria realizada ao propósito de burlar os controles aduaneiros e quebrar a cadeia de incidência de IPI.

Relativamente à suposta "quebra da cadeia do IPI", não houve qualquer burla ao recolhimento de tal imposto, notadamente porque as mercadorias importadas ou são materiais não tributáveis pelo IPI ou possuem alíquota 0%, ou seja, não há que se falar em sonegação de um imposto que sequer incide. Da mesma forma, todos os tributos incidentes na operação foram regularmente recolhidos, não se evidenciando, portanto, nenhuma sonegação ou fraude.

Já no que se refere à suposta "burla aos controles aduaneiros" e à suposta "interposição fraudulenta", estas, de igual forma, não ocorreram.

A Autoridade Fiscal quer fazer crer que a Impugnante ocultou dolosamente o real encomendante das mercadorias, ao argumento de que não teria informado o CNPJ deste no "campo próprio". Ocorre que este "campo próprio" não existia (e ainda não existe).

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/03/2015 por WALBER JOSE DA SILVA, Assinado digitalmente em 20/03/2015 por WALBER JOSE DA SILVA
Impresso em 23/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Assim, as importações em questão se tratam de importações diretas para revenda. A importação direta difere-se da importação por conta e ordem de terceiros, basicamente porque nesta (conta e ordem), a mercadoria continua sendo de propriedade do adquirente por conta e ordem, enquanto naquela (direta) a mercadoria é de propriedade do próprio importador, que, depois de desembaraçada, irá revendê-la no mercado nacional.

A empresa Importadora (D&A) cuidou de cumprir todos os aspectos jurídicos, tributários e formais para deixar "às claras" o negócio realizado, não havendo o que se cogitar em "simulação", como quer fazer crer a autoridade fiscalizadora em seu relatório.

Ademais, o negócio concretizado obedeceu todos os requisitos normatizados pela Receita Federal para que a mercadoria seja considerada de propriedade do importador, como é o caso na importação direta para revenda.

Transcreve o Ato Declaratório Normativo da SRF n° 7 de junho de 2002 (ADN n° 7/2002).

De acordo com o ADN SRF n° 7 como bastaria uma hipótese ser cumprida, para caracterizar a aquisição e propriedade da mercadoria importada pela importadora (D&A Comércio Exterior), descartando-se a importação por conta e ordem de terceiros ou encomenda e, conseqüentemente, qualquer hipótese de "interposição fraudulenta".

Desta feita, a Ré não pode negar vigência à normativa da RFB a qual está diretamente vinculada, para concluir que a operação realizada tenha sido meramente uma prestação de serviços.

Em suma, trata-se claramente de importação própria, para revenda no mercado interno, assim caracterizada tanto do ponto de vista substancial, quanto formal, nos termos da legislação em vigor, especialmente do ADN n° 7/2002.

- DA PLENA CAPACIDADE FINANCEIRA DA IMPUGNANTE PARA REALIZAÇÃO DA IMPORTAÇÃO ORIGEM DE RECURSOS PRÓPRIA

Para a aplicação da penalidade de perdimento com base na não-comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados na importação, era preciso que a autoridade aduaneira comprovasse que a importadora não detinha disponibilidade financeira para realizar a compra no exterior. Somente dessa forma, poderia 'presumir' haver um terceiro importador.

Fato é que a Impugnante detinha PLENA capacidade financeira e disponibilidade de recursos para realizar a importação em questão no valor de pouco mais de R$40.000,00 (quarenta mil reais).

Ora, na época dos fatos, a Impugnante detinha capacidade financeira no RADAR com estimativa de importações de mais de um milhão de dólares. Sua capacidade financeira para financiar importações próprias provinham dos lucros emanados da sua própria atividade comercial, bem como de empréstimos e financiamentos bancários, cujos limites são comprovados pelos documentos anexos (cartas de limites de crédito bancário anexas).

Portanto, o que a autoridade aduaneira deveria ter em mente é o sentido da expressão "recursos próprios", ou seja, a importadora deve possuir "capacidade econômico-financeira" para suportar a operação.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/03/2015 por WALBER JOSE DA SILVA, Assinado digitalmente em 20/03/2015 por WALBER JOSE DA SILVA
Impresso em 23/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Portanto, o que a autoridade aduaneira deveria ter em mente é o sentido da expressão "recursos próprios", ou seja, a importadora deve possuir "capacidade econômico-financeira" para suportar a operação.

Assim, para se saber se importação foi realizada com "recursos próprios" do importador, deve-se fazer a seguinte indagação: Caso não houvesse pagamentos antecipados, a importadora teria conseguido realizar a importação?

Se a resposta desta pergunta por positiva, então não há o que se falar em interposição fraudulenta, pois, a importação foi realizada com recursos próprios do importador.

O AFRFB apenas limita-se a tentar estabelecer uma ligação entre as contas contábeis, para chegar a conclusão de que, na realidade, não se trataria de ‘mportação por encomenda mas de importação por conta e ordem, em função dos adiantamentos verificados.

Ocorre que, em momento algum, consegue comprovar, eficazmente, que sem aqueles depósitos, a Impugnante não teria condições de ter realizado a importação.

Junta textos da Jurisprudência Judicial a respeito do assunto: (TRF4, AC 2006.70.08.0013033, Primeira Turma, Relator Viison Darós, D.E. 14/10/2008), (TRF4, AMS 2006.72.08.0012938, Segunda Turma, Relator Antonio Albino Ramos de Oliveira, DJ 08/11/2006) e (acórdão em AMS 2006.72.08.0012938, TRF4)

O julgado mencionado se amolda perfeitamente ao caso em análise, pois a D&A não necessita utilizar-se de interposição fraudulenta de terceiros para desenvolver suas atividades.

Pelas argumentações expostas, aliadas às peculiaridades do caso concreto, conclui-se que não houve nenhuma ocultação. Quando muito, poderia se entender que houve irregularidades meramente formais na operação de importação realizada.

- AUSÊNCIA DO ELEMENTO DANOSO - RELEVAÇÃO DA PENA DE PERDIMENTO

As importações sob análise, ainda que se entendesse irregulares, não foram realizadas dessa forma com o intuito de fraude. Pelo contrário, o contribuinte agiu de boa-fé, entendendo ser correta sua conduta, baseada na interpretação da legislação aduaneira em vigor.

Veja-se que o legislador tratou de relevar a pena de perdimento, nos casos em que o infrator, voluntariamente, comunique eventual erro ou equívoco ocorrido nos seus procedimentos, pois são casos nos quais não há o elemento danoso, nem intenção do agente em cometer a infração.

Junta textos da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a respeito do assunto: (REsp n° 331548/PR, Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 04/05/06) e (REsp n° 512517/SC, Min. Eliana Calmon, DJ de 19/09/05)

Por mais que se insistisse na decretação da pena de perdimento à D&A, acreditando-se ter havido a ocultação do real adquirente da mercadoria importada, mesmo depois de toda a argumentação exposta, não há como se negar que houve o recolhimento de todos os tributos devidos na operação.

Noutras palavras, a infração supostamente cometida neste caso, não resultou em falta ou insuficiência de recolhimento de tributo.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/03/2015 por WALBER JOSE DA SILVA, Assinado digitalmente em 20/03/2015 por WALBER JOSE DA SILVA
Impresso em 23/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Diante disso, considerando-se que não houve falta de recolhimento de quaisquer tributos, a relevação da pena de perdimento, com fulcro no art. 737 do Regulamento Aduaneiro, é medida de Justiça que se impõe.

- NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DA PENALIDADE MAIS FAVORÁVEL

Caso se entenda que houve irregularidades na importação, imperioso se reconhecer que estas foram de ordem meramente formal o que ensejaria a aplicação da multa comumente conhecida como "multa por erro", do art. 711 do R.A., ao invés da pena de perdimento.

Aliás, insta frisar a existência de conflito entre a pena de perdimento por "ocultação do real comprador", fundamentada no art. 23, V do Decreto Lei 1.455/76, com a pena de multa por "omissão do adquirente comprador" fundamentada no art. 711, inciso III, §1°, do Regulamento Aduaneiro.

Conforme demonstrado, ao se confrontar a redação do art. 711, III do RA (omitir a identificação do adquirente comprador) com a redação art. art. 23, V do Dec. Lei 1.455/76 (ocultar o comprador da operação), que ensejou a pena de perdimento no AI ora atacado, nota-se que as tipificações são idênticas para o caso sob análise, razão pela qual se faria necessária a aplicação da penalidade mais branda, nos termos do art. 112 do Código Tributário Nacional.

Além do mais, a redação que introduziu a pena de perdimento no caso de "ocultação do real comprador", prevista no art. 23, V do DeL. 1.455/76, veio ao mundo jurídico através da Lei 10.637, de 30/12/2002.

Já a redação do art. 711, inciso III, §1°, inciso I do R.A., por seu turno, que aplica multa de 1% do valor aduaneiro no caso da "omissão do real comprador", foi dada pela Lei 10.833 de 29/12/2003, que é mais recente, razão pela qual há de prevalecer, por força do disposto no art. 2°, § 1° da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

DOS PEDIDOS.

DO EXPOSTO, os Impugnantes requerem:

O acatamento das preliminares alhures constatadas, para:

- Reconhecer a ilicitude e imprestabilidade das provas emprestadas do Inquérito Policial n° 2006.72.00.08132-0 (2005.72.00.0134793) e, consequentemente, decretar a integral nulidade do Auto de Infração (tópico 2.1);

- Decretar a nulidade do Auto de Infração, por ausência de Mandado de Procedimento Fiscal de Fiscalização - MPF-F (tópico 2.2);

- Decretar a nulidade do Auto de Infração, pelo excesso de prazo para a conclusão procedimental e pela ausência de intimação sobre as prorrogações do MPF-F (tópico 2.2);

- Reconhecer a ilegitimidade passiva e a responsabilidade solidária de Caio Marcelo Debossan e Érica Debossan Reinert, para anular/cancelar o Auto de Infração em relação a tais Impugnantes (tópico 2.4);

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/03/2015 por WALBER JOSE DA SILVA, Assinado digitalmente em 20/03/2015 por WALBER JOSE DA SILVA
Impresso em 23/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

CÓPIA

- Reconhecer a ilegitimidade passiva da D&A para suportar a pena de perdimento e a multa de conversão - eis que tal multa não pode ser aplicada ao importador ostensivo, mas tão-somente ao real encomendante/adquirente -, para o efeito de anular/cancelar o Auto de Infração em relação a tal Impugnante, estendendo-se automaticamente tais efeitos a Caio e Érica (tópico 2.5);

- Decretar a nulidade do Auto de Infração, pela ausência de comprovação do consumo das mercadorias, o que impossibilita a aplicação da pena de perdimento convertida em multa equivalente ao valor aduaneiro (tópico 2.6);

- Decretar a nulidade do Auto de Infração por cerceamento de defesa, consistente na ausência de intimação da D&A para apresentar as mercadorias a serem destinadas ao perdimento (tópico 2.6);

No mérito, os Impugnantes ainda requerem:

- Seja reconhecida a inexistência de qualquer fraude, sonegação e/ou conluio que pudesse ensejar a aplicação de pena de perdimento por suposta interposição fraudulenta (tópico 2.7);

- Seja declarada a inocorrência de ocultação dolosa do real adquirente/encomendante das mercadorias, a inocorrência de burla aos controles aduaneiros, bem como a inocorrência de interposição fraudulenta, a fim de afastar a pena de perdimento e a multa de conversão (tópico 2.8);

- Seja reconhecida a plena capacidade financeira da Impugnante para a realização da importação em questão, afastando-se, por conseqüência, a não comprovação da disponibilização dos recursos (Tópico 2.9);

- Seja afastada a hipótese de aplicação da pena de perdimento ao caso concreto, por ausência do elemento danoso; ou, na remota hipótese de se entender realmente aplicável ao caso concreto a pena de perdimento, seja então, relevada tal penalidade, nos termos do art. 737 do R.A. (tópico 2.10);

- Por fim, diante da completa ausência de dolo, fraude, sonegação ou dano, reconhecendo por outro lado a boa-fé, presente nas atividades das Impugnantes, sejam estas isentadas de qualquer tipo de penalidade, ou, alternativamente, seja aplicada apenas a multa de 1% do Valor Aduaneiro por erro, por se tratar de penalidade mais favorável (tópico 2.11).

A 23ª Turma de Julgamento da DRJ em São Paulo – SP julgou improcedente a Impugnação, mantendo integralmente o lançamento, nos termos do Acórdão nº 16-050.662, de 25/09/2013, cuja ementa abaixo se transcreve.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO - II

Data do fato gerador: 15/05/2008

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

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/03/2015 por WALBER JOSE DA SILVA, Assinado digitalmente em 20/03/2015 por WALBER JOSE DA SILVA
Impresso em 23/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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

CÓPIA

A empresa D&A COMERCIO E SERVIÇOS IMP E EXP LTDA tomou ciência da referida decisão no dia 21/10/2013 e responsáveis pessoais CAIO MARCELO DEBOSSAN e ÉRICA DEBOSSAN REINERT tomaram ciência desse decisão no dia 19/10/2013.

No dia 20/11/2013 os contribuintes D&A COMERCIO E SERVIÇOS IMP E EXP LTDA., CAIO MARCELO DEBOSSAN e ÉRICA DEBOSSAN REINERT protocolizaram recurso voluntário conjunto, no qual renovam os argumentos da impugnação, acima resumido, e acrescentam argumentos sobre a inexistência de quebra da cadeia do IPI.

Na forma regimental, o recurso voluntário foi distribuído para relatar.

É o Relatório do essencial.

Voto

Conselheiro WALBER JOSÉ DA SILVA, Relator.

Os recursos voluntários apresentados por D&A COMÉRCIO SERVIÇOS IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA, CAIO MARCELO DEBOSSAN e ÉRICA DEBOSSAN REINERT são tempestivos e atendem aos demais requisitos legais e regimentais. Deles se conhece.

Como relatado, contra a empresa D&A COMÉRCIO SERVIÇOS IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA foi lavrado Auto de Infração para a aplicação de multa equivalente ao valor aduaneiro das mercadorias importadas pela impossibilidade de apreensão de tais mercadorias, conforme determina o art. 23, V, § 3º, do Decreto-Lei nº 1.455/75 c/c o art. 105, VI e VII do Decreto-Lei nº 37/66 (arts. 689, VI, VII, XXII e § 1º, c/c art. 673 e 675, IV, todos do RA/2009).

Primeiro: as mercadorias objeto da aplicação da pena de perdimento, convertida em multa pelo valor aduaneiro, foram desembaraçadas por meio da DI nº 08/0718843-8, registrada no dia 15/05/2008.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/03/2015 por WALBER JOSE DA SILVA, Assinado digitalmente em 20/03/2015 por WALBER JOSE DA SILVA
Impresso em 23/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Segundo: a D&A não logrou provar, com documentos idôneos, a origem dos recursos depositados em sua conta corrente no BB (R$ 21.000,00 no dia 11/03/2008 e R$ 31.191,15, no dia 12/05/2008), contabilizados na conta "Adiantamento Importação por Conta e Ordem". Esses depósitos foram feitos no caixa do BB na agência de Valinhos/SP. A D&A afirmou, e depois negou, que os depósitos foram realizados pela empresa CAJOVIL.

Terceiro: as mercadorias importadas (válvulas de diversos tipos) são tributados pelo IPI com alíquota de 5%;

Quarto: a empresa D&A não realizou importação direta (por conta própria) das mercadorias em tela e depois as revendeu no mercado, como formalmente se apresenta a operação. Por presunção legal (art. 27 da Lei nº 10.637/02), as mercadorias foram importadas pela D&A por conta e ordem de terceiro.

Quinto: a DI nº 06/1474247-6 foi registrada no dia 05/12/2006 como importação direta e não como importação por conta e ordem de terceiro. No campo próprio da DI não consta o nome do importador de fato como adquirente e destinatário da mercadoria.

Sexto: a empresa D&A efetuou remessas de divisas para o exterior, supostamente ilegais, por meio da empresa ROGER TUR. Independente de serem ilegais ou não, tais remessas não constam da escrituração contábil da D&A. Aparentemente, tais remessas não estão relacionadas com as importações objeto deste processo;

Sétimo: a empresa D&A possuía em seu estabelecimento, ao menos, 43 (quarenta e três) carimbos de fornecedores e autoridades estrangeiros. Esses carimbos foram confeccionados em Blumenau-SC pela empresa Carimbos Guido Ltda.

Oitavo: no dia 09/04/2013 a D&A tomou ciência do encerramento do MPF-D nº 0920400-2011-00512 e da abertura do MPF-F nº 0920400-2013-00087. A ciência do Auto de Infração ocorreu no mesmo dia 09/04/2013.

Dito isso, passemos à apreciação das demais razões do recurso.

As matérias postas para apreciação do Colegiado são:

1- em sede de preliminar:

1.1- Ilicitude e imprestabilidade das provas emprestadas - ausência de provas - nulidade do Auto de Infração;

1.2- Compartilhamento de provas - inobservância do contraditório e da ampla defesa - inobservância de condição para o compartilhamento - nulidade do procedimento fiscal;

1.3- Apreensão de documentos empresa diversa da investigada - ausência de mandado judicial específico - ilicitude das provas – nulidade;

1.4- Apreensão de documentos - investigação criminal - inexistência de correlação entre os crimes investigados e as infrações apuradas - ilicitude das provas - nulidade;

1.5- Ausência de mandado de procedimento fiscal de fiscalização (MPF-F) - fiscalização irregular - nulidade do procedimento fiscal e do Auto de Infração;

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/03/2015 por WALBER JOSE DA SILVA, Assinado digitalmente em 20/03/2015 por WALBER JOSE DA SILVA
Impresso em 23/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

1.6- Excesso de prazo na conclusão procedimental - ausência de notificação sobre as prorrogações do MPF-F - nulidade do auto de infração;

2- no mérito:

2.1- Ilegitimidade de Caio Marcelo Debossan e Érica Debossan Reinert para figurarem solidariamente no pólo passivo do auto de infração;

2.2- Ilegitimidade passiva da D&A para aplicação da pena de perdimento e multa de conversão;

2.3- Ausência de prova do consumo das mercadorias - mera presunção - cerceamento de defesa - impossibilidade de conversão da pena de perdimento em multa;

2.4- Inexistência de sonegação, fraude e conluio;

2.5 Inexistência da quebra da cadeia do IPI;

2.6- Inocorrência de ocultação ou de simulação - inexistência de burla aos controles aduaneiros importação direta para revenda regularmente caracterizada;

2.7- Da plena capacidade financeira da impugnante para realização da importação - origem de recursos - própria.

2.8- Ausência do elemento danoso - relevação da pena de perdimento;

2.9- Necessidade de aplicação da penalidade mais favorável;

Sobre a preliminar de licitude das provas acostadas aos autos (subitens 1.1, 1.2, 1.3 e 1.4, acima), ratifico os fundamentos da decisão recorrida para acrescentar que o conjunto probatório destes autos não foi colhido para instruir única e exclusivamente o presente processo. Ao contrário, as provas foram colhidas para instruir diversos lançamentos fiscais efetuados contra a empresa D&A, nas importações diretas, e contra a D&A e os verdadeiros importadoras, nas operações de importação por conta e ordem registradas pela D&A como importação direta.

Parte das referidas provas foram coletadas, com expressa autorização judicial, em inquérito policial regularmente instaurado. Também foram coletadas mediante apresentação pelas empresas vinculadas ao lançamento, em cumprimento a intimações expedidas pela Fiscalização da Receita Federal do Brasil (RFB) e, por último, foram coletadas nos controles internos da Receita Federal do Brasil.

As provas coletadas do inquérito policial, que foram compartilhadas com a RFB por expressa ordem do Poder Judiciário (vigente à época do lançamento e, pelo que consta dos autos, não revogada até a presente data) podem e devem ser usadas para instruir os lançamentos realizados contra as empresas que violaram a legislação tributária e aduaneira (no entender da RFB).

Isso porque o compartilhamento de provas, autorizada pelo Poder Judiciário, somente se justifica se for para instruir procedimento fiscal de exigência de tributos e penalidades por parte da RFB. É o caso dos autos. Portanto, a legitimidade do uso dessas provas não pode ser questionada administrativamente enquanto vigente a referida ordem

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/03/2015 por WALBER JOSE DA SILVA, Assinado digitalmente em 20/03/2015 por WALBER JOSE DA SILVA
Impresso em 23/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

judicial de compartilhamento de provas. Em razão disso, se os Recorrentes quiserem contestar o conteúdo da referida decisão judicial, deverão fazê-lo no âmbito do Poder Judiciário e não no âmbito administrativo, que não tem competência para afastar legítima e vigente decisão judicial.

Além das provas compartilhadas, como prova da infração atribuída aos Recorrentes, a Fiscalização juntou, no curso da ação fiscal, documentos coletados nos controles internos da própria RFB e, também, apresentados pelas empresas autuadas em resposta à intimações da Fiscalização da RFB. Estas provas são suficientes para atestar que a operação de importação, objeto da autuação, não foi uma operação de importação direta, como consignado na DI, mas sim uma operação de importação por conta e ordem de terceiro, tendo ocorrido a adulteração da documentação que instruiu a operação de importação e o desembaraço aduaneiro das mercadorias.

Sobre a alegada ausência de contraditório, como bem disse a decisão recorrida, este se estabelece com a impugnação do lançamento, onde o contribuinte tem a oportunidade de contestar todos os fatos a ele atribuídos e apresentar todas as provas que entender importante. O procedimento preparatório do lançamento, e o próprio lançamento, é ato inquisitório, não havendo que se falar em violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa nessa fase pela não manifestação do contribuinte sobre as provas colhidas nessa fase do procedimento fiscal. Nesse sentido é a Súmula CARF nº 46, abaixo reproduzida:

> ***Súmula CARF nº 46:*** *O lançamento de ofício pode ser realizado sem prévia intimação ao sujeito passivo, nos casos em que o Fisco dispuser de elementos suficientes à constituição do crédito tributário.*

Quanto as alegações relacionadas ao MPF-F, preliminarmente, registre-se que a competência para o agente fiscal efetuar o lançamento decorre da lei e não de ato do dirigente da repartição fiscal (art. 7º da Lei nº 2.354/54 e art. 143 do CTN), existindo farta jurisprudência no CARF no sentido de que irregularidade na emissão, alteração ou prorrogação do Mandado de Procedimento Fiscal não acarreta a nulidade do lançamento. É o caso dos Acórdãos nº 1802-001.864, de 09/10/2013; 2403-002.571, de 15/04/2014; 3102-001.669, de 27/11/2012; e 3401-002.564, de 23/04/2014.

No caso vertente, o MPF-F foi emitido antes da lavratura do auto de infração e em substituição em MPF-D em curso. O fato da D&A ter tomado ciência do MPF-F no mesmo dia da ciência do Auto de Infração não representa infração às normas de regência do MPF, posto que o Auto de Infração encontra-se acobertado por MPF-F. Não há, portanto, nenhuma irregularidade procedimental por parte da administração da RFB.

Isto posto, rejeito as preliminares de nulidade do procedimento fiscal e do Auto de Infração suscitadas pelas Recorrentes e acima referidas.

Quanto ao mérito, a multa em tela foi imposta à empresa Recorrente em face da comprovação inequívoca da prática de interposição fraudulenta na importação de mercadorias, conforme autoriza o art. 689 do RA/2009 (Decreto nº 6.759/2009), abaixo reproduzido, e da participação dos nomeados responsáveis na prática do ilícito tributário que ensejou a autuação.

> *Art.689.* ***Aplica-se a pena de perdimento da mercadoria nas seguintes hipóteses, por configurarem dano ao Erário*** (Decreto-

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/03/2015 por WALBER JOSE DA SILVA, Assinado digitalmente em 20/03/2015 por WALBER JOSE DA SILVA
Impresso em 23/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

> Lei nº 37, de 1966, art. 105; e Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, art. 23, caput e §1º, este com a redação dada pela Lei no 10.637, de 2002, art. 59):
>
> *[...]*
>
> *VI - estrangeira ou nacional, na importação ou na exportação, se qualquer documento necessário ao seu embarque ou desembaraço tiver sido falsificado ou adulterado;*
>
> *[...]*
>
> *XXII - estrangeira ou nacional, 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****.*
>
> *[...]*
>
> *§ 1º A pena de que trata este artigo converte-se em multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria* ***que não seja localizada ou que tenha sido consumida*** (Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, art. 23, §3º, com a redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002, art. 59).

A redação atual do parágrafo 1º, acima, é:

> *§ 1º 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 1972* (Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, art. 23, §3º, com a redação dada pela Lei nº 12.350, de 2010, art. 41). (Redação dada pelo Decreto nº 8.010, de 2013)

A doutrina nos ensina que interposta pessoa, o mesmo que 'interposta persona', é a pessoa que se interpõe, em negócio de outrem, para realizá-lo em substituição da que tinha a incumbência de fazê-lo. É o mesmo que 'prestanome'. É aquele que comparece num dado negócio jurídico em nome próprio, mas no interesse de outrem, substituindo-o e encobrindo-o.

A ocultação do sujeito passivo mediante fraude ou simulação, inclusive interposição fraudulenta de terceiros, consiste em uma infração tipificada como dano ao Erário, punível com a aplicação da pena de perdimento, nos termos do art. 689 do RA/09, acima reproduzido, independente de ter ocorrido ou não falta de recolhimento de tributos.

No caso dos autos, está sobejamente provado a prática, pela empresa Recorrente, com a participação efetiva dos nomeados responsáveis (Caio e Érica), de interposição fraudulenta na importação, sendo inequívoca a imposição da penalidade objeto deste processo e a legitimidade passiva de ambas (art. 95, inciso V, do DL nº 37/66).

Portanto, não procede a alegação da Recorrente D&A de que a multa no valor aduaneiro da mercadoria deve ser aplicada contra terceiro (e não contra ela), proprietária de fato das mercadorias. E não procede exatamente porque quem fraudou a DI objeto destes autos foi a D&A. Quem é o contribuinte nas operações de importação é o importador ostensivo e não

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/03/2015 por WALBER JOSE DA SILVA, Assinado digitalmente em 20/03/2015 por WALBER JOSE DA SILVA
Impresso em 23/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

o importador oculto. Por ter se beneficiado da fraude e dela ter participado, quando identificado, o importador de fato deve ser nomeado sujeito passivo responsável pelo crédito tributário lançado.

Sobre a ausência de prova do consumo, para aplicação da penalidade dos autos, a lei não exige que a mercadoria seja, obrigatoriamente, consumida: basta que ela **não seja localizada** para haver a conversão em multa a que se refere o § 1º, do art. 689 do RA/09, acima reproduzido.

A D&A não logrou provar que a mercadoria estava em seu poder, ou seja, não apresentou a mercadoria à Fiscalização, até porque ela não possui instalações para armazenar mercadorias, posto que está instalada em uma sala comercial. Mais ainda, em visita ao estabelecimento da D&A, a Fiscalização constatou, *in loco,* que lá não existia as mercadorias importadas por ela D&A.

Também não procede a alegação dos Recorrentes de inocorrência de sonegação, fraude, conluio, ocultação, simulação ou burla aos controles aduaneiros e de que ocorreu importação direta para revenda, devidamente caracterizada. As provas dos autos são no sentido oposto, conforme já dito no início deste voto que a importação não foi direta, lastreado em vasta prova. Não desconstituiu a D&A as provas relativas aos carimbos encontrados em seu estabelecimento, às remessas de divisas feitas por meio da Roger Tur, as tratativas do Sr. Caio e da Sra. Érica da importação das mercadorias para diversos clientes dela D&A e, no caso específico, os dois depósitos realizados, em Valinhos/SP, na sua conta corrente no BB e contabilizados na conta "Adiantamento Importação por Conta e Ordem".

Quanto a alegação de ilegitimidade do Sr. Caio Marcelo Debossan e Érica Debossan Reinert para figurar no pólo passivo do auto de infração, conforme demonstrado na Descrição dos Fatos que levaram à autuação, devidamente comprovado no "Anexo Probante da Sociedade de Fato Caio-Érica", os irmãos e Despachantes Aduaneiros, Sra. Érica e Sr. Caio, efetivamente dirigiam a empresa D&A, praticando atos típicos de gerência da empresa, que vai desde a negociação com clientes à ascendência sobre os empregados, passando por propaganda onde eles se apresentam como executivos e sócios da D&A, inclusive no site da própria D&A (www.deacomex.com.br).

Eventuais negociações com empresas e órgãos intervenientes no comércio, que poderiam ser terceirizadas e que foram efetuadas pelos referidos Despachantes Aduaneiros, não são suficientes para desconstituir os demais atos de efetiva gestão consignados no Auto de Infração, ainda mais quando desacompanhado de contrato específico de prestação desses serviços especializados e da respectiva nota fiscal relativo ao preço do serviço contratado.

Por outro lado, a farta documentação probatória juntada aos autos reflete, indubitavelmente, uma intensa atividade de gestão dos negócios da D&A pelos sócios e gestores de fato, Sra. Érica e Sr. Caio.

Portanto, está sobejamente provado nos autos que os ditos responsáveis solidários conduziam tanto os negócios da empresa D&A como da empresa Debossan Despachos Aduaneiros e, externamente, as duas empresas se apresentavam como sendo do "Grupo D&A", sendo que as ações de ambas eram sobrepostas, como bem ficou provado na Descrição dos Fatos e no "Anexo Probante da Sociedade de Fato Caio-Érica". Formalmente, na qualidade de sócios da empresa Debossan Despachos Aduaneiros, os dois atuavam

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/03/2015 por WALBER JOSE DA SILVA, Assinado digitalmente em 20/03/2015 por WALBER JOSE DA SILVA
Impresso em 23/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

pessoalmente também como despachante aduaneiro nas importações realizadas pela empresa D&A.

Portanto, sem reforma a decisão recorrida que manteve a Sra. Érica e o Sr. Caio como responsáveis solidários do crédito tributário lançado.

Também não procede o argumento da Recorrente de que não houve quebra da cadeia do IPI porque as mercadorias importadas são tributadas pelo IPI com alíquota zero e, também, que inocorreu ocultação do real importador ou simulação de importação direta, não tendo ocorrido burla aos controles aduaneiros.

Antes de entrar nessa matéria, há que se esclarecer que, no comércio exterior e de acordo com as disposições do art. 689 do RA/2009, a interposição fraudulenta caracteriza dano ao erário, que independe de haver ou não insuficiência de recolhimento de tributos, porque o dano ao erário envolve outras variáveis, a exemplo da evasão de divisas e da concorrência desleal. Portanto, a ocorrência ou não da quebra da cadeia do IPI é irrelevante para a caracterização de ocorrência do delito fiscal "dano ao erário".

Retornando ao caso concreto destes autos, embora irrelevante para caracterizar o dano ao erário, não procede o argumento dos Recorrente, a uma porque na DI objeto da autuação existem mercadorias tributadas com alíquota de 5% e, a duas, porque na operação apurada pelo Fisco, onde ficou provado a simulação de importação direta, uma das conseqüências dessa simulação é que o importador de fato da mercadoria perde a condição de contribuinte do IPI por equiparação a estabelecimento industrial, posto que passa à condição de comerciante de mercadoria importada por terceiros.

Por evidente, nesse caso, como a operação de compra e venda da mercadoria importada foi simulada, conforme largamente provado nos autos, o seu preço de venda foi arbitrado pelas partes. Em consequência, o "preço de compra e venda", assim estabelecido, é sempre inferior ao preço de venda praticado pelo real importador no mercado interno. Com essa simulação, a base de cálculo do IPI foi reduzida e, conseqüentemente, o valor recolhido a título de IPI foi inferior ao devido, com evidente prejuízo financeiro para os cofres da União.

Portanto, no despacho aduaneiro da operação de importação realizada pela empresa Recorrente D&A houve a ocultação do real importador, incorrendo na infração do art. 23, inciso V, do Decreto-Lei nº 1.455/76, punida com a multa prevista nos §§ 1º e 3º desse mesmo dispositivo legal.

Quanto à alegação da D&A de que possuía plena capacidade financeira para realização da importação e que eram próprios os recursos depositados em sua conta corrente no BB, continua a Recorrente sem provar as suas alegações.

Não trouxe a recorrente prova de que os ditos valores depositados na conta corrente do BB (R$ 21.000,00 e R$ 31.191,15) saíram do seu caixa e algum preposto seu viajou de Blumenau/SC a Valinhos/SP com os recursos em mãos com o objetivo de efetuar os referidos depósitos na boca do caixa da agência BB de Valinhos/SP.

Registre-se que a Fiscalização não acusou a D&A de não possuir recursos para efetuar importação direta de mercadorias, como quer fazer crer a Recorrente.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/03/2015 por WALBER JOSE DA SILVA, Assinado digitalmente em 20/03/2015 por WALBER JOSE DA SILVA
Impresso em 23/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Quanto ao pedido de relevação da pena de perdimento por ausência do elemento danoso, fundada no art. 737 do RA/2009, impende registrar que o CARF não tem competência para relevar penalidades, cabendo tal competência ao Ministro de Estado da Fazenda, nos termos do art. 736 do mesmo RA/2009, abaixo reproduzido.

> *Art.736.* ***O Ministro de Estado da Fazenda****, em despacho fundamentado,* ***poderá relevar penalidades*** *relativas a infrações de que não tenha resultado falta ou insuficiência de recolhimento de tributos federais, atendendo (Decreto-Lei nº 1.042, de 21 de outubro de 1969, art. 4º, caput):*
>
> *[...]*
>
> *§2º O* ***Ministro de Estado da Fazenda poderá delegar a competência*** *que este artigo lhe atribui (Decreto-Lei nº 1.042, de 1969, art. 4º, §2º).*
>
> *Art.737.A pena de perdimento decorrente de infração de que não tenha resultado falta ou insuficiência de recolhimento de tributos federais* ***poderá ser relevada com base no disposto no art. 736****, mediante a aplicação da multa referida no art. 712 (Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, art. 67).*

Relativamente à alegação de que deve-se aplicar a penalidade mais favorável porque houve mero erro formal na DI, engana-se os Recorrentes porque o conjunto probatório dos autos leva à conclusão que eles Recorrentes (D&A, Caio e Érica) conheciam toda a operação de importação e que a mesma era por conta e ordem e, mesmo assim, o Despachante Aduaneiro, Sr. Caio Marcelo, registrou a DI como importação direta. Portanto, não ocorreu mero "erro formal" no preenchimento da DI que enseje a aplicação da multa do art. 711 do RA/2009.

Tanto é que a D&A não apresentou o contrato de prestação de serviço dessa operação e a respectiva nota fiscal de prestação de serviços que prova o recebimento do preço do serviço contratado e que a operação de importação foi por conta e ordem, tendo ocorrido o referido erro no preenchimento da DI.

Por fim, e para que não se alegue omissão no julgado, ratifico e, supletivamente, adoto todos os fundamentos da decisão recorrida, que tenho por boa e conforme a lei (art. 50, § 1º, da Lei nº 9.784/1999[1]).

Por tais razões, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

WALBER JOSÉ DA SILVA - Relator

[1] Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:
[. . .]
§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/03/2015 por WALBER JOSE DA SILVA, Assinado digitalmente em 20/03/2015 por WALBER JOSE DA SILVA
Impresso em 23/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

CÓPIA

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/03/2015 por WALBER JOSE DA SILVA, Assinado digitalmente em 20/03/2015 por WALBER JOSE DA SILVA
Impresso em 23/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA