



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

Processo nº 13971.722493/2011-68
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3302-002.873 – 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 E OUTROS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 29/05/2006

DIREITO DE IMPOR PENALIDADE. INFRAÇÕES AO REGULAMENTO ADUANEIRO. EXTINÇÃO. PRAZO.

O direito de impor penalidade por infrações ao Regulamento Aduaneiro extingue-se em cinco anos a contar da data da infração.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PEREMPÇÃO.

O recurso voluntário deve ser interposto no prazo previsto no art. 33 do Decreto no 70.235/72. Não observado este preceito, dele não se toma conhecimento.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do relator.

(assinado digitalmente)

WALBER JOSÉ DA SILVA - Presidente e Relator.

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.

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 18/11/2011, em face do contribuinte em epígrafe, formalizando a exigência de multa proporcional ao valor aduaneiro, no valor de R\$ 32.490,33, 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 06/0618596-2, registrada em 29/05/2006, em nome da empresa D&A COMERCIO E SERVIÇOS IMP E EXP LTDA. A empresa operava como interposta pessoa em comércio exterior para a empresa MENDES ENGENHARIA E AUTOMAÇÃO LTDA, 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 nº 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.

Como responsável solidário:

•MENDES ENGENHARIA E AUTOMAÇÃO LTDA.

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, via Edital nº 04/11/DRF/BLU/SAANA, afixado nas dependências da DRF/Blumenau, em 28/11/2011 (fls. 394 do processo digital), o contribuinte empresa MENDES ENGENHARIA apresentou impugnação, de folhas 603 a 619.

Em conformidade como as disposições do artigo 23, § 1º, II, e § 2º, IV, do supracitado, em 13/12/2011, encerrando o prazo para a apresentação de eventual recurso ou pagamento da exigência fiscal, em 12/01/2012.

Portanto, a impugnação por ele apresentada em 13/01/2012 (fls. 603/619) é flagrantemente intempestiva!o nº 70.235/72, que trata do processo administrativo fiscal, uma vez afixado o edital em 28/11/2011, o contribuinte foi considerado regularmente intimado do Auto de Infração supracitado, em 13/12/2011, encerrando

o prazo para a apresentação de eventual recurso ou pagamento da exigência fiscal, em 12/01/2012.

Portanto, a impugnação por ele apresentada em 13/01/2012 (fls. 603/619) é **flagrantemente intempestiva!**

Cientificado do auto de infração, pessoalmente, em 25/11/2011 (fls. 390 do processo digital), os contribuintes D&A COMERCIO E SERVIÇOS IMP E EXP LTDA, CAIO MARCELO DEBOSSAN e ÉRICA DEBOSSAN REINERT protocolizaram impugnação conjunta, tempestivamente em 21/12/2011, na forma do artigo 56 do Decreto nº 7.574, de 29/09/2011, de fls. 410 à 474, 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.**

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 Nº 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 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, nº 880 com diversas salas comercia.

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

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 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 nº 11.371/2007.

Transcreve os artigos 2º e 3º da Portaria da RFB nº 3.014/2011.

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

- DOIS SUJEITOS PASSIVOS NO MESMO AUTO DE INFRAÇÃO - AUSÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DO LANÇAMENTO - NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO

O lançamento não está individualizado.

O Auto de Infração aplicou pena de perdimento às mercadorias importadas sob o argumento de que a empresa MENDES ENGENHARIA seria a real adquirente das mercadorias, apesar de oculta. A conversão do perdimento em multa equivalente ao valor aduaneiro das mercadorias ocorreu porque os produtos já "teriam sido" consumidos.

Como se sabe, o perdimento caracteriza-se pela pessoalidade e intransmissibilidade da pena e, por isso mesmo, só pode ser aplicado em face do proprietário da mercadoria, até porque, logicamente, ninguém pode ser condenado a "perder", ou melhor, ter subtraído do seu patrimônio, bem ou direito que nunca o compôs.

Transcreve o artigo 100 do Decreto-Lei nº 37/66.

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

Como se vê, para a concretização da pena de perdimento é imprescindível se obter a exata e completa identificação do proprietário da mercadoria, pois é unicamente este o sujeito que poderá ser apenado ou alcançado pela sanção do perdimento. No presente caso, apesar de identificar quem supostamente seria o real proprietário oculto, o Fisco autuou as empresas D&A e MENDES ENGENHARIA conjuntamente, na condição de contribuinte, sem qualquer distinção.

Assim, se o Auditor Fiscal entende que a MENDES ENGENHARIA se ocultou, então deveria, vem Processo Administrativo e Auto de Infração próprio, individualizar sua conduta, e puni-la unicamente.

Não existe, porque impossível, a "pena de perdimento solidária". A responsabilização solidária, quando prevista em lei, só pode ocorrer para fins de

pagamento de tributo, que não se confunde com pena de perdimento e, evidentemente, também não pode ser confundida com a responsabilização penal do agente infrator, esta prevista no art. 95 do Dec.-Lei 37/66.

O Decreto 70.235/72 veda e impede que sejam reunidos em um só processo. Autos de Infração instaurados contra contribuintes diversos, ainda que em razão do mesmo fato. *In casu*, porém, não se trata de reunião em um só processo de dois autos de infração contra dois contribuintes diversos, o que já seria ilegal.

No presente caso a ilegalidade é ainda mais flagrante, pois se trata de constituir em um único auto de infração, ou seja, um único crédito tributário constante em um único processo administrativo contra dois contribuintes distintos.

Junta textos da Jurisprudência Administrativa a respeito do assunto.

- 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 vênica, 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 "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.

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, conseqüentemente, 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 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 Nº 17-28100; ACÓRDÃO Nº 17-28104 e ACÓRDÃO Nº 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 nº 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.

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 CONLUÍO.

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 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 nº 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.

- INEXISTÊNCIA DA QUEBRA DA CADEIA DO IPI

É flagrante o equívoco da Autoridade Fiscal.

Primeiro porque, as mercadorias adquiridas revendidas pela D&A à MENDES tiveram o IPI recolhido devidamente, tanto na importação, quanto na sua posterior revenda, conforme demonstram cabalmente as DIs e as Notas Fiscais de Saída, juntadas aos autos.

Segundo porque as mercadorias compradas pela MENDES são utilizadas na sua produção industrial, ou seja, não serão revendidas diretamente, fato que por si só, desbanca a tese falaciosa da autoridade fiscalizadora sobre a suposta "quebra fraudulenta do IPI". Sendo empresa industrial, e considerando que as mercadorias importadas foram utilizadas como insumos na produção industrial da empresa MENDES.

Ou seja, não há qualquer conduta dolosa, tendente a praticar fraude ou sonegação de IPI, eis que este tributo sequer incide na operação. Para que pudesse cogitar a eventual quebra da cadeia do IPI necessariamente a autoridade fiscal

deveria ter juntado aos autos cópias das Notas Fiscais de Saída da MENDES sem o destaque do IPI. prova que lhe incumbia, mas deixou de fazer.

Segundo, pois, ainda que a mercadoria importada não tivesse sido destinada à industrialização da MENDES, mesmo assim não haveria sonegação do imposto em questão, mormente porque o entendimento predominante é no sentido de que não incide o IPI na saída de mercadorias importadas e destinadas diretamente à comercialização, no estado em que foram adquiridas, como é o caso.

- **EXTINÇÃO DO DIREITO DE REALIZAR A REVISÃO ADUANEIRA
TRANSCURSO DO PRAZO DE 5 ANOS DECADÊNCIA**

O caso em tela é emblemático e não deixa dúvidas. A decadência operou-se após a inércia da Administração Pública ao longo de 5 anos, não havendo como aquelas importações (diga-se ainda: de terceira empresa) ressoarem na esfera jurídica da Impugnante agora, depois de ultrapassado o prazo decadencial previsto no Regulamento Aduaneiro e no Decreto-Lei nº 37/66.

O direito de a Administração punir se extinguiu, não podendo gerar consequências sancionatórias sobre a Impugnante, o que torna o Auto de Infração NULO DESDE O NASCIMENTO. Ora, em razão do transcurso in a/bis do período de 5 anos, a contar da data da suposta Infração (leia-se: registro da DI), extinguiu-se o direito de o Fisco aplicar a pena de perdimento e, por consequência, de cobrar multa de conversão.

A REVISÃO ADUANEIRA, ato pelo qual é apurada, após o desembaraço aduaneiro, a regularidade do pagamento dos impostos e dos demais gravames devidos à Fazenda Nacional, da aplicação de benefício fiscal e da exatidão das informações prestadas pelo importador na declaração de importação (art. 638 do RA), extrapolou o prazo legal para sua conclusão.

- **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).

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 nº 7 de junho de 2002 (ADN nº 7/2002).

De acordo com o ADN SRF nº 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 nº 7/2002.

- DAS CONSEQÜÊNCIAS JURÍDICAS DE EVENTUAL DESCARACTERIZAÇÃO DA IMPORTAÇÃO PARA A MODALIDADE 'CONTA E ORDEM'.

Em suas alegações, a Autoridade Fiscalizadora invoca a tese de que teria havido pagamentos antecipados para a D&A nas operações e, por conta disso, tratar-se-ia de uma operação de importação por conta e ordem de terceiros.

Embora não vá se entrar no mérito da questão sobre os pagamentos, eis que impossível para a impugnante verificar todos os documentos em tempo hábil para sua defesa administrativa, fato é que as alegações da autoridade fiscalizadora estão embasadas no que dispõe o art. 27 da Lei nº 10.637, de 2002.

Examinado o teor do comando legal acima colacionado, resta claro que as conseqüências de se presumir que uma importação qualquer tenha sido realizada na modalidade "por conta e ordem", possuem meramente os efeitos tributários, dispostos nos arts. 77 a 81 da MP nº 2.15835/01.

Examinando-se tais artigos mais afundo, percebe-se que o legislador esta preocupado tão somente com o aspecto tributário da questão, ou seja, em caracterizar a solidariedade do importador com o adquirente no pagamento dos

tributos e a equiparação a estabelecimento industrial do adquirente equiparação a contribuinte da Pis e Cofins.

Curioso é que a tributação na importação por conta e ordem é menos onerosa do que a tributação na importação direta o por encomenda. É que enquanto essas duas últimas se caracterizam como verdadeira "compra e venda" de mercadorias, a primeira (por conta e ordem) é tratada perante a legislação federal como uma mera prestação de serviços e, portanto, não há incidência da Pis e da Cofins quando o importador dá saída dessas mercadorias ao destinatário final (arts. 12 e 86 §1º da IN SRF 247/02)

Assim, caso a presente operação de importação fosse 'descaracterizada' para ser enquadrada na modalidade 'por conta e ordem', caberiam ainda à D&A a restituição dos tributos que pagou sobre o faturamento das mesmas, especificamente no que tange à Pis e à Cofins.

- AUSÊNCIA DO ELEMENTO DANOSO - RELEVANÇA 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 nº 331548/PR, Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 04/05/06) e (REsp nº 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.

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, §1º 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. 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, §1º, 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. 2º, § 1º 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 nº 2006.72.00.08132-0 (2005.72.00.0134793) e, conseqüentemente, decretar a integral nulidade do Auto de Infração (tópico 2.1);
- Reconhecer a existência de cerceamento de defesa e, conseqüentemente, anular o Auto de Infração ou oportunizar a juntada posterior de outros argumentos de fato e de direito, além de outros documentos que possam surgir para contrapor a autuação fiscal (tópico 2.2);
- Decretar a nulidade do Auto de Infração, por ausência de Mandado de Procedimento Fiscal de Fiscalização - MPF-F (tópico 2.3);
- 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 2.4);
- Decretar a nulidade do Auto de Infração, por conta da ausência de individualização do lançamento tributário, em virtude da existência de diversos sujeitos passivos no mesmo Auto de Infração (tópico 2.5);
- 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 2.6);
- 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 2.7);
- 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 2.8);

- 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 2.8);

No mérito, os Impugnantes ainda requerem:

- Seja reconhecida a inexistência de qualquer fraude, sonegação, conluio e/ou subfaturamento que pudesse ensejar a aplicação de pena de perdimento por suposta interposição fraudulenta (tópico 2.9);
- Seja reconhecida a inexistência de quebra da cadeia de IPI nas operações em questão eis que não se deixou de recolher o imposto em questão (tópico 2.10);
- Seja reconhecida a ocorrência da decadência do direito de realizar a Revisão Aduaneira e, consequentemente, decretada a nulidade/cancelamento do Auto de Infração (tópico 2.11);
- Seja declarada a inocorrência de ocultação dolosa do real 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;
- 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.
- 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.

A 23ª Turma de Julgamento da DRJ em São Paulo – SP julgou improcedente a Impugnação, mantendo integralmente o lançamento, nos termos do Acórdão nº 16-050.678, de 25/09/2013, cuja ementa abaixo se transcreve.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO - II

Data do fato gerador: 29/09/2006

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

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

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.

As empresas autuadas e os responsáveis solidários tomaram ciência da referida decisão nos seguintes dias: a D&A COMERCIO E SERVIÇOS IMP E EXP LTDA no dia 25/10/2013; a MENDES ENGENHARIA E AUTOMAÇÃO LTDA no dia 18/10/2013; o Sr. CAIO MARCELO DEBOSSAN no dia 21/10/2013; e a Sra. ÉRICA DEBOSSAN REINERT no dia 19/10/2013, conforme ARs de fls. 829/832.

No dia 25/11/2013 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.

A empresa MENDES ENGENHARIA E AUTOMAÇÃO LTDA não apresentou recurso voluntário.

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

É o Relatório do essencial.

Voto

Conselheiro WALBER JOSÉ DA SILVA, Relator.

O recurso voluntário apresentado por D&A COMÉRCIO SERVIÇOS IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA é tempestivo e atende aos demais requisitos legais e regimentais. Dele se conhece.

Já o recurso voluntário apresentado por CAIO MARCELO DEBOSSAN e ÉRICA DEBOSSAN REINERT não atende aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235/72, por ter sido apresentado intempestivamente.

A recorrente ÉRICA DEBOSSAN REINERT tomou ciência da decisão de primeira instância no dia 19/10/2013 (sábado) e ingressou com o recurso voluntário no dia 25/11/2013, ou seja, no 34º dia após a ciência da decisão recorrida.

Por seu turno, o Recorrente CAIO MARCELO DEBOSSAN tomou ciência da decisão de primeira instância no dia 21/10/2013 e ingressou com o recurso voluntário no dia 25/11/2013, ou seja, no 34º dia após a ciência da decisão recorrida.

Determina o art. 33 do Decreto nº 70.235/72 que é cabível recurso voluntário dentro de **30 (trinta) dias** seguintes à **ciência da decisão**:

“Art. 33. Da decisão caberá recurso voluntário, total ou parcial, com efeito suspensivo, dentro de 30 (trinta) dias seguintes à ciência da decisão”.

Por sua vez, o art. 35, também do Decreto nº 70.235/72, determina que o recurso voluntário, mesmo perempto, será encaminhado ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, que julgará a perempção:

“Art. 35. O recurso, mesmo perempto, será encaminhado ao órgão de segunda instância, que julgará a perempção”.

No caso sob exame não resta nenhuma dúvida de que o recurso foi interposto após o transcurso do prazo assinalado no art. 33 acima transcrito, posto que o termo final para apresentação do recurso voluntário ocorreu no dia 20/11/2013, tanto para a Sra. ÉRICA como para o Sr. CAIO.

Os recorrentes supra silenciaram sobre a interposição do recurso após o decurso do prazo legal.

Em face do exposto, não se conhece do recursos voluntário interposto por CAIO MARCELO DEBOSSAN e ÉRICA DEBOSSAN REINERT

Passemos, então, à apreciação do recurso da empresa D&A.

Como relatado, contra as empresas D&A COMÉRCIO SERVIÇOS IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA e MENDES ENGENHARIA E AUTOMAÇÃO 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).

Nas questões de mérito a empresa D&A COMÉRCIO SERVIÇOS IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA alega que ocorreu a extinção do direito de a Fazenda Nacional realizar a revisão aduaneira, por decurso de prazo, e de, conseqüentemente, efetuar o lançamento da multa objeto deste processo.

As mercadorias objeto do perdimento, convertido em multa, foram desembaraçadas por meio da DI nº 06/0618596-2, registrada no dia 29/05/2006.

A ciência do Auto de Infração pela recorrente D&A ocorreu no dia 25/11/2011. Portanto, já havia transcorrido mais de 5 (cinco) anos da data do registro da referida DI nº 06/0618596-2, de 29/05/2006, objeto da autuação.

Sobre esse tema, comungo com a decisão proferida pela 2ª Turma Ordinária da 2ª Câmara desta 3ª Seção de Julgamento no **Recurso de Ofício** contido nos autos do Processo nº 12466.002712/2010-55, cujo Acórdão nº 3202-001.391, da lavra do conselheiro Gilberto de Castro Moreira Júnior, tem a seguinte ementa:

PERDIMENTO. CONVERSÃO EM MULTA EQUIVALENTE AO VALOR DAS MERCADORIAS. DECADÊNCIA.

Tratando-se da imposição de multa em razão da pena de perdimento, por se cuidar de infração de caráter administrativo

(aduanheiro), tem lugar a contagem do prazo decadencial na forma dos artigos 139 do Decreto-Lei nº 37, de 18 de novembro de 1966 e 669 do Regulamento Aduaneiro, cujo prazo de 5 (cinco) anos tem seu curso iniciado na data da infração.

Recurso de ofício negado.

No voto condutor do referido Acórdão nº 3202-001.391, o Ilustre Conselheiro Relator transcreve o seguinte enxerto do voto da decisão da DRJ, objeto do recurso de ofício:

Todavia o artigo 139 do Decreto-lei nº 37/1966, assim dispõe, in verbis:

Art.139 No mesmo prazo do artigo anterior se extingue o direito de impor penalidade, a contar da data da infração.

Tal dispositivo foi reprisado no Regulamento Aduaneiro, Decreto nº 4.543/2002, nos seguintes termos, in verbis:

Art. 669. O direito de impor penalidade extingue-se em cinco anos, a contar da data da infração (Decreto-lei nº 37, de 1966, art. 139).

Desses dispositivos, observa-se que as penalidades têm prazo de contagem próprio para sua constituição, qual seja, cinco anos contados a partir da data da infração.

No presente caso, considerando-se que as infrações imputadas à interessada possuem como data de seu cometimento a data do registro das Declarações de Importação e que a ciência do auto de infração, ato que o perfectibiliza, ocorreu em 18/10/2010, o lançamento referente a Declarações de Importação registradas antes de 18/10/2005 deve ser declarado nulo. O auto de infração em tela se refere as Declarações de Importação registradas entre 07/03/2005 e 20/06/2005, portanto nulo.

Sobre essa matéria, não posso concordar com a fundamentação da decisão recorrida que, após um longo arrazoado, concluiu o seguinte:

Assim, o marco inicial para transcorrer o prazo a que se refere o artigo 139 do Decreto-Lei nº 37/66 é quando se apreende a mercadoria (retirada do mercado interno) ou o órgão responsável pelo controle aduanheiro tem a ciência inequívoca da infração

[...]

Portanto, a exigência da multa equivalente ao valor aduanheiro, que vem a ser substitutiva da pena de perdimento, na forma do §3º, do artigo 23, do Decreto Lei nº 1.455/76, tem como início do seu prazo decadencial o primeiro dia ao ano subsequente da data da intimação não respondida pelo autuado para a apresentação das mercadorias passíveis de serem apenadas com perdimento.

Em primeiro lugar, a decisão recorrida utilizou-se de disposições da Lei nº 9.873/99 que, pelo disposto no seu art. 5º, abaixo reproduzido, não se aplica aos processos e procedimentos de natureza tributária, como é o presente caso.

Art.5º O disposto nesta Lei não se aplica às infrações de natureza funcional e aos processos e procedimentos de natureza tributária.

Em segundo lugar, não posso concordar com a referida conclusão do acórdão recorrido sobre essa matéria, acima reproduzida.

E não o faço porque, a meu sentir, o art. 139 do DL 37/66 diz que extingue-se em cinco anos **o direito de impor penalidade, a contar da data da infração**. E para mim, a infração, neste caso, não é continuada, como alegado pela decisão recorrida, e ocorreu pontualmente com o registro da DI, onde deixou de ser informado o real importador. Tudo o que aconteceu antes do registro da DI era absolutamente normal e legal - as tratativas de compra no exterior e as transferência de recursos da MENDES ENGENHARIA para a D&A, devidamente contabilizado. Se tivesse sido registrado a DI como importação por conta e ordem da MENDES ENGENHARIA, não haveria que se falar que ocorreu ocultação do real importador. E o que ocorreu depois - venda pela D&A e compra e venda pela MENDES ENGENHARIA das mercadorias - não se constitui na mesma infração imputada às empresas autuadas: interposição fraudulenta de terceiros.

Diante da extinção do direito de a Fazenda Nacional de impor a penalidade, e a conseqüente improcedência do Auto de Infração, desnecessário abordar e discutir aqui as demais questões preliminares e de mérito argüidas pelas recorrentes.

Por tais razões, voto no sentido de dar provimento ao recurso voluntário para declarar improcedente o Auto de Infração.

(assinado digitalmente)

WALBER JOSÉ DA SILVA - Relator