



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

Processo n° 10283.005906/2006-49
Recurso n° 10.283.005906200649 De Ofício
Acórdão n° **3402-002.610 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 28 de janeiro de 2015
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO - DANO AO ERÁRIO - PENA DE PERDIMENTO - SUBSTITUIÇÃO POR MULTA - VALOR ADUANEIRO DAS MERCADORIAS APREENDIDAS, DEPOSITADAS E NÃO LOCALIZADAS
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Recorrida EMPRESA DE REVITALIZAÇÃO DO PORTO DE MANAUS S/A

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO - II

Data do fato gerador: 07/12/2004, 11/04/2005

EXTRAVIO. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE PERDIMENTO. MULTA SUBSTITUTIVA.

Na impossibilidade de localização de mercadoria à qual tenha sido aplicada a pena de perdimento e que esteja sob custódia de depositário, este responde pela multa substitutiva.

Recurso de Ofício Provido

Crédito Tributário Mantido

ACORDAM os membros do Colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso de ofício, nos termos do voto do Relator. Vencida a Conselheira Aparecida Martins de Paula.

(assinado digitalmente)

Gilson Macedo Rosenburg Filho – Presidente

(assinado digitalmente)

Alexandre Kern – Relator

Participaram do julgamento os conselheiros Maria Aparecida Martins de Paula, João Carlos Cassuli Júnior e Francisco Mauricio Rabelo de Albuquerque Silva. Ausente o Conselheiro Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça.

Relatório

Cuida-se de lançamento de ofício para aplicação da multa substitutiva da pena de perdimento, ambas cominadas no art. 23 do Decreto-Lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976, em desfavor da Empresa de Revitalização do Porto de Manaus, no valor de R\$ **2.416.902,00**, equivalente ao valor aduaneiro de **3.022** unidades do rádio gravador portátil c/ leitor de cd, Lenoxx, CD 106; de **7.989** unidades do autorrádio com cd *player* painel destacável, com a inscrição Lenoxx Sound, LX 440, e de **92** unidades dos aparelhos eletrônicos referentes ao ADM nº 114, de 14/07/2004, processo nº 10283.004878/2003-08 (cfe. demonstrativo de mercadorias, à fl. 13), estrangeiras importadas, objeto de perdimento, e mantidas sob sua guarda e custódia, na condição de Fiel Depositário, em razão de não mais serem localizadas, tudo decorrente de procedimento fiscalizatório perpetrado pela Alfândega do Porto de Manaus.

Em impugnação, a autuada alega que a autuação baseou-se exclusivamente na falta de mercadorias e no status de depositário da impugnante e que, todavia, em nada concorreu para o desaparecimento das mercadorias, adotando meios e instrumentos rígidos de segurança nos seus armazéns. Ademais, conforme reiterados precedentes do egrégio STJ, não poderia ser representada, em se tratando do encargo de depositário fiel, por empregado que não detinha poderes para tal. Ainda, que, por argumentação, se admitisse a ofensa ao referido dever, remanesceria em prejuízo da sanção em questão a atipicidade da conduta atribuída à impugnante, pois o art. 23 do DL nº 1.455, de 1976, nada preceitua sobre a conduta atribuída à autuada - violação do dever de guarda do depositário.

A 7ª Turma da DRJ/FOR acolheu a preliminar de nulidade do lançamento de ofício, já que não houve fundamentação fática e legal da causa do perdimento e julgou a impugnação procedente, considerando que o autuado não concorreu para a prática do ilícito penalizado com o perdimento das mercadorias. O Acórdão nº 08-25.402, de 23 de abril de 2013, fls. 412 a 433, teve ementa vazada nos seguintes termos:

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Data do fato gerador: 07/12/2004, 11/04/2005

DANO AO ERÁRIO. MERCADORIA NÃO LOCALIZADA. PENA DE PERDIMENTO CONVERTIDA EM MULTA. RESPONSABILIZAÇÃO DO DEPOSITÁRIO. FALTA DE SUBSUNÇÃO DO FATO À NORMA. NULIDADE

O dano ao erário decorrente das infrações previstas no caput do art. 23 do Decreto-lei nº 1.455/1976 será punido com a pena de perdimento, sendo a mesma convertida em multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria, na importação, que não seja localizada ou que tenha sido consumida.

Por sua vez, o depositário responderá por avaria ou por extravio de mercadoria que se encontre sob sua custódia, inclusive, daquela sujeita à pena de perdimento. Todavia, a falta de mercadoria e/ou sua não localização, quando apurada pela fiscalização, não enseja, por si só, a aplicação da penalidade substitutiva ao depositário, correspondente à conversão do perdimento em multa pecuniária, mormente, quando não restar demonstrada sua concorrência para a prática do ilícito que ocasionou a inflicção do perdimento, por absoluta ausência de nexa causal.

NÃO DESCRIÇÃO DO FATO ENSEJADOR DO DANO AO ERÁRIO. MERCADORIA NÃO LOCALIZADA. PENA DE PERDIMENTO CONVERTIDA EM MULTA. NULIDADE

A falta de fundamentação fática e legal da causa do perdimento das mercadorias macula não só a devida verificação da ocorrência do fato ensejador do Dano ao Erário (art. 10, incisos III e IV, do Decreto nº 70.235/1972 c/c art. 142 do CTN), mas, em consequência, a própria inflição de sua penalidade substitutiva, o que, também por esse viés, impõe a nulidade do lançamento; não se olvidando do fato que, de certa forma, também, acarreta-se à impugnante cerceamento de seu pleno direito de defesa (art. 59, inciso II, do Decreto nº 70.235/1972).

Impugnação Procedente

Crédito Tributário Exonerado

O Presidente da 7ª Turma da DRJ/FOR recorreu de ofício da decisão, em cumprimento ao que dispõe o art. 34, inciso I, do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, com redação dada pela Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, tendo em vista que crédito tributário exonerado excede o limite de R\$ 1.000.000,00, definido na Portaria MF nº 03, de 03 de janeiro de 2008.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Alexandre Kern, Relator

Admissibilidade

A decisão recorrida cancelou integralmente o lançamento referente à substituição da pena de perdimento por multa de 100% do valor aduaneiro da mercadoria importada, montante a R\$ 2.416.902,00.

Exonerado o sujeito passivo em valores superiores ao definido na Portaria MF nº 03, de 03 de janeiro de 2008, conheço do Recurso de Ofício.

Mérito

Controverte-se a possibilidade de aplicação contra o depositário da mercadoria objeto da pena de perdimento da multa substitutiva, cominada no § 1º do art. 23 do DL nº 1.455, de 1976:

Compulsando o termo de Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal, anexo ao Auto de Infração (fls. 3 a 12), verifico que a Autoridade Lançadora assim justificou a aplicação da pena de conversão (negrito no original):

Sendo assim, tendo em vista que a Empresa de Revitalização do Porto de Manaus não apresentou, não disponibilizou e nem localizou as mercadorias, que já foram objeto de pena de

*perdimento e que estão sob sua guarda, sujeita-se a **MULTA NO VALOR DE RS 2.416.902,00 (DOIS MILHÕES, QUATROCENTOS E DEZESSEIS MIL E NOVECENTOS E DOIS REAIS)** equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria, de acordo com o art. 23, § 3º, do Decreto-Lei nº 1.455, de 07 de abril de 1976, com a redação dada pelo art. 59 da Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002, regulamentado pelo art. 618, § °, do Decreto 4.543, de 26 de dezembro de 2002, com a redação dada pelo Decreto nº 4.765, de 24 de junho de 2003, in verbis:*

[...]

A matéria já foi apreciada por este Colegiado, sob circunstâncias fáticas muito semelhantes ao do presente caso concreto, por ocasião do julgamento do Recurso Voluntário objeto do processo administrativo nº 10314.002919/2007-32, que resultou no Acórdão nº 3403-001.722, da relatoria do Conselheiro Rosaldo Trevisan, que adoto como razão de decidir.

Transcrevo o excerto do voto condutor da decisão pertinente ao assunto. Assim disse o Conselheiro Rosaldo:

Da multa de “conversão” do perdimento

Outro ponto sob o qual se levanta controvérsia é a possibilidade de aplicação ao depositário da multa prevista no § 1º do art. 23 do Decreto-Lei 1.455/1976:

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

...

§ 1º O dano ao erário decorrente das infrações previstas no caput deste artigo será punido com a pena de perdimento das mercadorias.

...

§ 3º A pena prevista no § 1º converte-se em multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria que não seja localizada ou que tenha sido consumida.¹”

Alega-se no recurso voluntário que a mercadoria objeto da lide já era objeto de apreensão, tendo sido transferida a propriedade ao Ministro da Fazenda, que a destinaria sem que houvesse cobrança dos impostos incidentes na importação.

Nesse ponto, imprescindível a transcrição do art. 25 do mesmo Decreto-Lei 1.455/1976:

*“Art. 25. As mercadorias nas condições dos artigos 23 e 24 serão **guardadas em nome e ordem do Ministro da Fazenda**, como medida acautelatória dos interesses da Fazenda Nacional.”(g.n.)*

Veja-se que as mercadorias são “guardadas” em nome e ordem do Ministro da Fazenda. Guardadas exatamente pelo depositário, enquanto não recolhidas a depósitos próprios da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), nos locais em que estes existam.

¹ O parágrafo hoje possui nova redação dada pela Lei nº. 12.350, de 2010, não utilizando mais o termo “conversão”, passando a multa a ser substitutiva da pena de perdimento.

Complemente-se que se configura absolutamente irrelevante a questão da não incidência tributária na alienação de mercadorias apreendidas pela RFB para o deslinde da presente contenda. A não incidência na alienação de mercadorias apreendidas pela RFB, regularmente efetuada, por óbvio, não enseja a dispensa do pagamento dos tributos em uma entrada irregular no comércio.

Ademais, caso o depositário ainda estivesse guardando as mercadorias em nome e ordem do Ministro da Fazenda, não seriam dele cobrados os tributos aqui exigidos, embora fosse mantida a pena de perdimento ao importador. Veja-se o teor do § 4º do art. 1º do Decreto-Lei nº 37/1966, com a redação dada pela Lei nº 10.833/2003:

“ § 4º O imposto não incide sobre mercadoria estrangeira

...

III - que tenha sido objeto de pena de perdimento, exceto na hipótese em que não seja localizada, tenha sido consumida ou revendida.”

Assim, a cumulação do perdimento com a exigibilidade dos tributos só é possível se a mercadoria não for localizada, ou tiver sido revendida ou consumida. Em suma, nas hipóteses em que o legislador presumiu a introdução irregular das mercadorias no comércio, no País.²

A responsabilidade pelo perdimento, ou pela multa de “conversão” (ou substituição), é indelevelmente atribuída a quem efetivamente deu azo à introdução irregular no comércio nacional. No caso, em que pese o importador ter praticado conduta punível com o perdimento da mercadoria, era o depositário que a “guardava” em nome e ordem do Ministro da Fazenda. O depositário é que efetivamente impossibilitou a conclusão dos procedimentos de apreensão e destinação da mercadoria à qual já havia sido aplicado o perdimento. Daí a ele ser aplicada a multa de “conversão” (ou substituição).

Acorda-se, assim, em geral, com as conclusões da Nota Cosit nº 115, de 10 de maio de 2004, juntada aos autos (fls. 401 a 403), embora invoquemos não somente a responsabilidade tributária do art. 593 do Regulamento Aduaneiro de 2002 (“o depositário responde por avaria ou por extravio de mercadoria sob sua custódia, bem assim por danos causados em operação de carga ou descarga realizada por seus prepostos”), mas também a responsabilidade por infrações do art. 95, I, do Decreto-Lei nº 37/1966.

Afirma a Nota, em síntese, ser possível a aplicação ao depositário da multa prevista no § 1º do art. 23 do Decreto-Lei 1.455/1976, nos casos de extravio de mercadorias apreendidas que estejam sob sua custódia.

No mesmo sentido decidi unanimemente, em 28/2/2012, a Segunda Câmara desta Terceira Seção (Acórdão 3201-000.880):

“DANO AO ERÁRIO. VISTORIA ADUANEIRA. EXTRAVIO. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA PENA DE PERDIMENTO. RESPONSABILIZAÇÃO DO DEPOSITÁRIO. MULTA SUBSTITUTIVA.

[...]

Na impossibilidade de localizar-se a mercadoria sujeita à pena de perdimento, é cabível a exigência da multa substitutiva, nos termos do art. 23, §§ 1º e 3º do Decreto-lei nº 1.455/76. O depositário, responsável pela integridade da mercadoria extraviada sob sua guarda, deve responder pela penalidade.”

Entende-se, assim, pela procedência da aplicação ao depositário, no caso em apreço, da multa prevista no § 1º do art. 23 do Decreto-Lei 1.455/1976.

[...]

Rosaldo Trevisan

A corroborar esse entendimento, além da jurisprudência já referida, acrescento os acórdãos nº 3202-000.439, de 14 de fevereiro de 2012 (Cons. Gilberto de Castro Moreira Junior, unânime); nº 3301-001.839, de 21 de maio de 2013 (Cons. Antônio Lisboa Cardoso, unânime), e; nº 3401-002.588, de 25 de abril de 2014 (Cons. Fernando Marques Cleto Duarte, unânime), cujas ementas transcrevo (negritos opostos na transcrição):

Acórdão nº 3202-000.439

ASSUNTO: PERDIMENTO. MULTA REGULAMENTAR

Data do fato gerador: 30/12/2003

PENA DE PERDIMENTO. RECINTO ALFANDEGADO. FIEL DEPOSITÁRIO. MERCADORIAS NÃO ENCONTRADAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA DE PERDIMENTO POR MULTA ADUANEIRA. RESPONSABILIDADE DO DEPOSITÁRIO.

*A pessoa jurídica que desempenha função de Recinto Alfandegado (Porto Seco) obriga-se a assumir a função de Fiel Depositária das mercadorias sob sua guarda, conforme a IN nº 55/00. Ademais, no caso em tela, assumiu o contribuinte expressamente tal função, por meio de assinatura de Termo de Fiel Depositário. **Por ter falhado em seu dever de restituir as mercadorias na mesma forma em que as recebeu, fica o contribuinte responsável pelo pagamento de multa.***

Recurso voluntário negado.

Acórdão nº 3301-001.839

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO – II

Data do fato gerador: 22/06/2011

VISTORIA ADUANEIRA. EXTRAVIO. DEPOSITÁRIO. RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA.

O depositário é responsável pelo crédito tributário decorrente do extravio de mercadoria que se encontrava sob sua custódia, inclusive no caso de referida mercadoria ser passível de aplicação da pena de perdimento. Em razão do princípio da independência entre as esferas administrativa, penal e civil, eventual caracterização de responsabilidade civil ou penal não impede seja aplicada pena administrativa relacionada ao mesmo fato.

ARBITRAMENTO DA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE DE IDENTIFICAÇÃO DAS MERCADORIAS. APLICAÇÃO DO ARTIGO 67, § 1º, DA LEI Nº 10.833/2003.

No caso de impossibilidade de identificação das cargas extraviadas, aplica-se o disposto no artigo 67, § 1º, da Lei 10.833/03, pelo qual a base de cálculo do imposto será arbitrada em valor equivalente à média dos valores por quilograma de todas as mercadorias importadas a título definitivo, pela mesma via de transporte internacional, constantes de declarações registradas no semestre anterior, incluídas as despesas de frete e seguro internacionais, acrescida de 2 (duas) vezes o correspondente desvio padrão estatístico.

Recurso Voluntário Improvido.

Acórdão 3401-002.588

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO – II

Data do fato gerador: 31/03/2008

VISTORIA ADUANEIRA. EXTRAVIO. DEPOSITÁRIO. RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA.

O depositário é responsável pelo crédito tributário decorrente do extravio de mercadoria que se encontrava sob sua custódia, inclusive no caso de a referida mercadoria ser passível de aplicação da pena de perdimento.

VOLUME DEPOSITADO EM RECINTO SOB CONTROLE ADUANEIRO. NÃO LOCALIZAÇÃO. MULTA.

Aplica-se a multa prevista pelo artigo 107, VII, "a", do Decreto-lei nº 37/66, com a redação dada pelo art. 77 da Lei nº 10.833/2003, por volume depositado em local ou recinto sob controle aduaneiro, que não seja localizado.

Recurso Voluntário Negado

Crédito Tributário Mantido.

Conclusão

Com essas considerações, voto por dar provimento ao recurso de ofício, restabelecendo a exigência objeto do Auto de Infração de fls. 2 a 12.

Sala de sessões, em 28 de janeiro de 2015


Alexandre Kern

CÓPIA