ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 10314.003911/2006-11

COPIA

MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº	10314.003911/2006-11
Recurso nº	Especial do Procurador
Acórdão nº	**9303-002.892 – 3ª Turma**
Sessão de	08 de abril de 2014
Matéria	MULTA DECORRENTE DA CONVERSÃO DA PENA DE PERDIMENTO
Recorrente	FAZENDA NACIONAL
Interessado	LVMH FASHION GROUP BRASIL LTDA

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO - II

Data do fato gerador: 10/04/2006

CONVERSÃO DA PENA DE PERDIMENTO EM MULTA. REVENDA. POSSIBILIDADE.

A revenda da mercadoria, ainda que referendada por medida judicial, autoriza a conversão da pena de perdimento em multa.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. GARANTIA À AMPLA DEFESA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE.

Nas hipóteses em que o acórdão recorrido decide com base em questão prejudicial e que tal questão é afastada pela instância *ad quem*, é defeso à instância revisora adentrar nas demais questões de mérito, sob pena de caracterização da supressão de instância e, consequentemente, do cerceamento do direito de defesa.

Recurso Especial do Procurador Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, pelo voto de qualidade, conhecer do recurso especial. Vencidos os Conselheiros Nanci Gama, Rodrigo Cardozo Miranda, Francisco Maurício Rabelo de Albuquerque Silva, Fabiola Cassiano Keramidas e Maria Teresa Martínez López, que não conheciam; e, no mérito, pelo voto de qualidade, em dar provimento. Vencidos os Conselheiros Nanci Gama, Rodrigo Cardozo Miranda, Francisco Maurício Rabelo de Albuquerque Silva, Fabiola Cassiano Keramidas e Maria Teresa Martínez López, que negavam provimento.

Luiz Eduardo de Oliveira Santos - Presidente Substituto

Henrique Pinheiro Torres - Relator

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 12/05/2014 por CLEUZA TAKAFUJI, Assinado digitalmente em 12/05/2014 por HENRIQUE PINHEIRO TORRES, Assinado digitalmente em 21/05/2014 por LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS
Impresso em 10/06/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Henrique Pinheiro Torres, Nanci Gama, Júlio César Alves Ramos, Rodrigo Cardozo Miranda, Rodrigo da Costa Pôssas, Francisco Maurício Rabelo de Albuquerque Silva, Joel Miyazaki, Fabiola Cassiano Keramidas, Maria Teresa Martínez López e Luiz Eduardo de Oliveira Santos.

CÓPIA

Relatório

Cuida-se de recurso especial manejado pela Procuradoria da Fazenda Nacional, na modalidade prevista no inciso I do art. 7º do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais[1], ou seja, por suposta contrariedade à lei ou à evidência das provas, em desfavor do Acórdão 3102-00.202, de 20 de maio de 2009, assim ementado:

> *ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO - II*
>
> *Data do fato gerador: 10/04/2006*
>
> *Incabível a aplicação da multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria pela impossibilidade de sua apreensão, tendo em vista concessão de medida liminar em Mandado de Segurança.*
>
> *Recurso Voluntário Provido.*

O acórdão, esclareça-se, foi alvo de embargos de declaração, por parte da Fazenda Nacional, que apontou erro material na anotação do resultado do julgamento, que, inicialmente, recebeu a seguinte redação:

> *ACORDAM os membros do Colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário, vencidos os Conselheiros Corintho Oliveira Machado e Marcelo Ribeiro Nogueira que votaram pela conclusão, apresentará declaração de voto no tocante ao mérito a Conselheira Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro.*

Segundo aponta a autoridade embargante, haveria erro material no resultado proclamado, pois, se os conselheiros Corintho Oliveira Machado e Marcelo Ribeiro Nogueira teriam restado vencidos, não haveria que se cogitar na existência de votação pelas conclusões. Aponta que tal erro material poderia conduzir à conclusão de que o voto condutor teria sido acompanhado pela unanimidade dos membros do colegiado e, consequentemente, comprometer a futura admissibilidade de recurso especial.

Acolhidos os embargos, restou saneada a contradição e consignado que o Conselheiro Corintho Oliveira Machado restou vencido e que o Conselheiro Marcelo Ribeiro Nogueira acompanhou a relatora pelas conclusões. Após tal saneamento, o resultado proclamado restou redigido nos seguintes termos:

[1] Art. 7º Compete à Câmara Superior de Recursos Fiscais, por suas Turmas, julgar recurso especial interposto contra:
I - decisão não-unânime de Câmara, quando for contrária à lei ou à evidência da prova;

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 12/05/2014 por CLEUZA TAKAFUJI, Assinado digitalmente em 12/05/2014 por HENRIQUE PINHEIRO TORRES, Assinado digitalmente em 21/05/2014 por LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS
Impresso em 10/06/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

"Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário. Vencido o Conselheiro Corintho Oliveira Machado que negava. O Conselheiro Marcelo Ribeiro Nogueira votou pela conclusão, acompanhando a relatora. *Apresentará declaração de voto no tocante ao mérito a Conselheira Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro."*

CÓPIA

As balizas do litígio podem ser extraídas do relatório que orientou a decisão de primeira instância, que passo a transcrever:

Trata o presente processo de exigência de multa relativa à Conversão do Perdimento em Multa – Impossibilidade de Apreensão da Mercadoria, prevista nos artigos 602 e 604, inciso IV, 618 e parágrafo primeiro do Dec. 4523/02 e art. 73, parágrafos primeiro e segundo da Lei 10833/03, § 3º do art. 23 do Decreto-Lei 1.455/76, acrescentado pela Medida Provisória nº 66, de 29/08/2002, convertida na Lei 10.637, de 30/12/2002, perfazendo, na data de sua constituição, em 18/04/2006, um crédito tributário no valor de R$ 31.914.016,00, objeto do Auto de Infração e Relatório de Auditoria Fiscal, de fls. 02 a 72, da IRF/SP.

De acordo com o relato da fiscalização e os documentos acostados aos autos, depreende-se que a ação fiscal objetivou averiguar a interposição fraudulenta de terceiras pessoas, nos termos da Portaria MF nº 350, de 16/10/2002, e da IN SRF nº 228, de 21/10/2002.

Os autuantes relatam (fl. 8) que o procedimento fiscal teve início em virtude do MPF 08.1.55.00-2005-00868-9, tendo sido comprovado que a interessada vem se utilizando da empresa COTIA TRADING S/A como interposta pessoa, em um esquema fraudulento, visando à ocultação de sua condição de verdadeira responsável pelas operações de comércio exterior e de real adquirente das mercadorias importadas de sua sócia majoritária, a empresa francesa Louis Vuitton Malletier, visando eximir-se do pagamento do imposto sobre produtos industrializados incidente na revenda de seus produtos, tendo sido, em razão disso, proposta a abertura de procedimento específico para a apreensão das mercadorias estrangeiras importadas irregularmente através deste esquema, com base no art. 23, inciso V e parágrafo 1o do Decreto-lei 1455/76 e posteriormente abertura de novo procedimento para aplicação das penalidades previstas no parágrafo 3o do mesmo ato. O Decreto-Lei 1.455/76 prevê a pena de perdimento das mercadorias estrangeiras ou nacionais, na importação ou na exportação, na hipótese de ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou responsável pela operação, não tendo sido possível a apreensão da mercadoria face à concessão de medida liminar em mandado de segurança, impetrado pelo contribuinte.

A Fiscalização concluiu por descaracterizar as importações efetuadas pela Cotia em razão da natureza da relação negocial entre ela e a interessada, evidenciando que uma opera por

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 12/05/2014 por CLEUZA TAKAFUJI, Assinado digitalmente em 12/05/2014 por HENRIQUE PINHEIRO TORRES, Assinado digitalmente em 21/05/2014 por LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS
Impresso em 10/06/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

encomenda da segunda, não arcando com os riscos cambiais ou comerciais, assumidos pela interessada.

Constatou-se ainda que há vínculo dos exportadores com a interessada, não existindo lucro no repasse da Cotia para a LVMH, mas sim prejuízo em todas as revendas das importações, além de a Cotia poder repassar somente à interessada a posse das mercadorias importadas a mando desta, tendo restado comprovado a ocultação do real comprador dos bens estrangeiros.

Depreende-se dos autos que a empresa impetrou Mandado de Segurança, perante a Nona Vara Federal Cível, sob número 2005.61.00.026560-2, obtendo concessão de liminar em 25/11/2005 (fl. 187), impedindo que as mercadorias adquiridas pela impetrante da importadora COTIA TRADING, que já foram nacionalizadas, e que estão nos estabelecimentos da impetrante, relacionados na petição da emenda da inicial, não sejam apreendidas, até decisão contrária proferida nesta ação. Nota-se, também (fl. 186), que a autoridade judiciária fez questão de frisar que não se discute nesta ação mandamental a regularidade ou não da importação.

Em 21/12/2005, houve a cassação da liminar (fl. 191), tendo sido restabelecida em 26/12/2005 (fl. 194), motivada por haver indícios de que a agravante apenas objetivou usufruir, de modo economicamente mais favorável, de determinada sistemática fiscal, sem a intenção de burlar ou fraudar o Fisco.

Regularmente notificada do Auto de Infração, a interessada apresentou a impugnação de fls. 581 a 640, alegando, em síntese, que:

- não há previsão legal para a aplicação da conversão da pena de perdimento em multa, em decorrência da impossibilidade da apreensão de mercadorias motivada por ordem judicial, sendo tal conversão somente autorizada pela legislação nos casos em que as mercadorias não são localizadas ou na hipótese de terem sido consumidas.

- a empresa Cotia é a importadora, pois realiza o desembaraço das mercadorias, efetua o fechamento do câmbio e recolhe regularmente todos os tributos incidentes nas importações, sendo-lhe as mercadorias, já nacionalizadas, posteriormente revendidas.

- a Cotia preenche todos os requisitos previstos no ADI SRF 7/2002 para caracterizar a aquisição da propriedade das mercadorias importadas, o que faz dele proprietária das mercadorias que importa, sendo uma importação direta.

- o acordo comercial entre a Cotia Trading e a Requerente foi celebrado com boa-fé, boa-vontade, transparência, seriedade e legitimidade de propósito, sendo lícitas as aquisições de produtos importados.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 12/05/2014 por CLEUZA TAKAFUJI, Assinado digitalmente em 12/05/2014 por HENRIQUE PINHEIRO TORRES, Assinado digitalmente em 21/05/2014 por LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS
Impresso em 10/06/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

- a operação de importação por intermédio de uma pessoa jurídica importadora não perdeu legitimidade e licitude devido à instituição da modalidade de importação por conta e ordem de terceiros.

- se for considerada encomendante das mercadorias importadas pela Cotia, essas importações não podem ser caracterizadas como importação por conta e ordem de terceiros, mas como uma importação por encomenda, não se confundindo as duas formas de importação.

- as acusações da fiscalização baseiam-se em presunções e indícios, fato inadmissível em direito e que reforça a insubsistência do auto de infração.

- as importações realizadas pela Cotia, posteriormente vendidas para a interessada, não ocasionaram prejuízo algum aos cofres públicos, na medida em que todos os tributos incidentes foram regularmente recolhidos.

- a incidência do IPI nas operações de importação por encomenda, modalidade que foi efetivamente utilizada, teve início com a edição da lei 11281/2006, art. 13, sendo a requerente, a partir daí, contribuinte do imposto, procedendo regularmente ao seu recolhimento.

- não houve fraude, simulação ou elusão tributária nas importações realizadas pela Cotia para posterior revenda à interessada, não sendo possível atribuir-lhe acusações tão graves.

- as pessoas jurídicas têm sua honra protegida por lei, tendo a presente defesa o condão de resguardar o seu bom nome, a sua dignidade e a sua honra.

- foi ao judiciário contra a apreensão de seus bens, tendo-lhe sido assegurada proteção judicial.

- pleiteia a improcedência da ação fiscal.

Tendo em vista alegação da interessada, entendeu esta DRJ/SPOII, em razão de não constar nos autos a petição inicial da interessada junto ao judiciário, dentro do que preceitua o ordenamento do processo administrativo fiscal, em especial o princípio da ampla defesa, necessária a juntada desta petição, para que se procedesse ao julgamento.

A repartição juntou a petição inicial da interessada ao judiciário (fls. 938 a 960), onde esta alega vários motivos para que não haja apreensão de suas mercadorias, dentre elas a greve da Receita Federal, o fato de se tratarem de artigos de moda, que mesmo posteriormente liberados perderiam seu valor e a demanda e a atração do consumo que causam quando ofertadas aos clientes no período previsto, deixando bastante claro (fl. 942) que o objeto da ação não diz respeito à validade das acusações constantes do relatório de fiscalização, mas da legalidade, legitimidade, oportunidade, conveniência e

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 12/05/2014 por CLEUZA TAKAFUJI, Assinado digitalmente em 12/05/2014 por HENRIQUE PINHEIRO TORRES, Assinado digitalmente em 21/05/2014 por LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS
Impresso em 10/06/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

> *necessidade da apreensão das mercadorias em questão e da decretação da pena de perdimento sem que tenha havido qualquer autuação nem processo administrativo com possibilidade de defesa, contraditório e produção de provas.*
>
> *Em consonância com a legislação vigente, foi dada ciência à interessada para que se manifestasse no prazo de dez dias, tendo havido apenas ciência, sem manifestação.*

CÓPIA

Sobreveio recurso voluntário onde a então recorrente repisa os argumentos suscitados por ocasião da impugnação, reiterando que a concessão de ordem judicial não se confunde com a hipótese prevista na norma que instituiu a conversão da pena de perdimento em multa.

Acatando tal fundamento, a e. 2ª TO da Primeira Câmara da Terceira Seção do CARF deu provimento ao recurso voluntário por maioria de votos. Restou vencido o então Conselheiro Corintho de Oliveira Machado.

Inconformada, a Procuradoria da Fazenda Nacional manejou o recurso especial que é alvo do presente julgamento, argumentando, em síntese, que restou devidamente caracterizada uma das hipóteses que determinaria a conversão do perdimento em multa: a mercadoria já havia sido entregue a consumo, conforme se depreenderia das peças carreadas ao processo, em especial da própria decisão judicial que concedera a liminar que obstaculizara a apreensão da mercadoria. Transcreve trecho da decisão.

Segundo defende, de acordo com tal excerto, um dos fundamentos para a concessão da medida liminar seria (*periculum in mora*) seria justamente o fato das mercadorias terem sido revendidas no mercado interno. O outro seria a possibilidade de recomposição de eventual prejuízo ao Erário por meio da cobrança de impostos e multas. Conclui que o lançamento em litígio corresponderia, em última análise, ao estrito cumprimento da ordem judicial e da legislação que rege a matéria. Cita acórdãos dos Tribunais Regionais Federais da 3ª e da 4ª Região.

Sustenta, outrossim, que, se o Fisco não tivesse tido o cuidado de proceder à lavratura do auto de infração haveria o risco de se concretizar a decadência do direito de constituir o crédito.

Pleiteia, assim, que seja afastada a questão antecedente, que identificou como preliminar, e a devolução dos autos à instância *a quo*, para julgamento das demais questões de mérito do litígio.

Ciente de tais fundamentos, a Contribuinte oferece contrarrazões nas quais, depois de sintetizar o que considera os fatos litigiosos, pugna pela manutenção do acórdão recorrido, defendendo, inicialmente, a correção do raciocínio adotado no voto condutor, arguindo, ademais, que, mesmo se superada a questão prejudicial reconhecida pela maioria dos votantes, como apontado na declaração de voto onde apresentada pela Conselheira Rosa Maria De Jesus de Castro, o lançamento seria improcedente.

Sustenta, ainda, preliminarmente, que a regra de transição fixada art. 4º da Portaria MF nº 256, de 2009 não daria respaldo ao presente recurso especial, manejado com espeque no art. 7ª, I do Regimento da CSRF aprovado pela Portaria MF nº 147, de 2007.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 12/05/2014 por CLEUZA TAKAFUJI, Assinado digitalmente em 12/05/2014 por HENRIQUE PINHEIRO TORRES, Assinado digitalmente em 21/05/2014 por LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS
Impresso em 10/06/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

No seu sentir, o Acórdão nº 3102-00.202, de 20 de maio de 2009 só se tornara definitivo após a sua complementação pelo de nº 3102-00.445, de 30 de abril de 2010. Ou seja, após a data em que a Portaria MF nº 259, de 2009 entrou em vigor.

Ainda em sede de preliminar, argumenta que, mesmo se reconhecida a possibilidade de se aplicar o antigo regimento da CSRF, não se poderia admitir o recurso, pois não teria sido demonstrada qualquer contrariedade à legislação federal. Diferentemente do alegado pela Fazenda Nacional, o acórdão recorrido tanto aplicara a legislação quanto ponderara corretamente as provas carreadas ao processo.

No mérito, resumidamente, defende a correção do raciocínio sedimentado no voto condutor que, apoiado em parecer ofertado pelo Professor Heleno Tôrres, concluíra pela impossibilidade de apreensão em razão da concessão de medida liminar, sob pena de violação ao princípio da legalidade. Cita doutrina e jurisprudência acerca do tema, além do parecer referenciado no acórdão recorrido

Outrossim, reitera as razões de impugnação e recursais acerca da higidez das operações.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Henrique Pinheiro Torres, Relator

O recurso preenche as condições de admissibilidade.

Em primeiro lugar, como é cediço, os embargos de declaração apresentados, como a grande maioria dos casos em que tal modalidade recursal é manejada, não tiveram efeitos modificativos. Foram recebidos no exclusivo intuito de integrar uma decisão anterior, adotada quando ainda vigia o regimento dos extintos Conselhos de Contribuintes e da CSRF fixado pela Portaria MF nº 147, de 2007. Tanto é assim que o acórdão que julgou os embargos não traz qualquer consideração acerca das razões de decidir assentadas no acórdão embargado, que, àquela, altura, quanto a esses aspectos só poderia ser modificado por meio da apresentação do competente recurso especial. Naquele momento, portanto, já havia sido proferida a decisão alegadamente contrária às provas dos autos e à legislação.

Em segundo, não vejo como discutir, como preliminar, as alegações acerca da higidez da decisão recorrida. Tal discussão deve ser travada quando da análise do mérito do recurso.

À esta altura, cabe indagar exclusivamente se a recorrente apresentou os fundamentos do acórdão que, em tese, restariam equivocados, em face da legislação ou da provas carreadas aos autos e a resposta a tal indagação é positiva.

Passo ao mérito.

Embora tenha sido apresentada declaração de voto, defendendo a legalidade das operações que o Fisco reputou ilegais, o acórdão decidiu o mérito em questão antecedente: ainda que viesse a ser confirmada a irregularidade da importação (matéria acerca da qual não

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 12/05/2014 por CLEUZA TAKAFUJI, Assinado digitalmente em 12/05/2014 por HENRIQUE PINHEIRO TORRES, Assinado digitalmente em 21/05/2014 por LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS
Impresso em 10/06/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

houve manifestação no voto condutor), a concessão de medida liminar impedindo a apreensão não se enquadraria em uma das hipóteses previstas no art. 73 da Lei nº 10.833, de 2003.

Confira-se a redação do dispositivo:

> *Art. 73. Verificada a impossibilidade de apreensão da mercadoria sujeita a pena de perdimento, em razão de sua não-localização ou consumo, extinguir-se-á o processo administrativo instaurado para apuração da infração capitulada como dano ao Erário.*
>
> *§ 1º Na hipótese prevista no caput, será instaurado processo administrativo para aplicação da multa prevista no§ 3ºdo art. 23 do Decreto-Lei n º1.455, de 7 de abril de 1976, com a redação dada pelo art. 59 da Lei nº10.637, de 30 de dezembro de 2002.*
>
> *§ 2º A multa a que se refere o § 1ºserá exigida mediante lançamento de ofício, que será processado e julgado nos termos da legislação que rege a determinação e exigência dos demais créditos tributários da União.*

Penso que tal decisão deve ser revista.

A meu ver, com a devida licença às opiniões em contrário, inobstante a concessão de medida liminar não se inserir nas hipóteses descritas no dispositivo, os fatos carreados ao processo demonstram que, indiscutivelmente, a mercadoria foi revendida, hipótese que, a meu ver, se subsumiria perfeitamente ao dispositivo.

Ou seja, a mercadoria foi comercializada e, consequentemente, dada a consumo.

Essa questão relembre-se, sempre fez parte da discussão que culminou com a concessão da medida judicial que obstaculizou a efetiva apreensão das mercadorias. Confira-se seguinte excerto do julgado[2]:

> *Não haveria, assim, ilegalidade ou abuso na apreensão das mercadorias, uma vez que há previsão no Regulamento Aduaneiro da pena de perdimento da mercadoria importada no caso de ocultação do real adquirente, mediante interposição fraudulenta de terceiros, por configurar dano ao Erário (art. 614, XXII).* ***Mas, no caso dos autos, tais mercadorias já foram desembaraçadas e vendidas no mercado nacional.*** (destaque acrescido)
>
> *Dessa forma, é necessário ao menos que se inicie regular processo administrativo, com a possibilidade de defesa e contraditório. No caso em exame, verifico que o relatório de fiscalização opina pela existência de indícios suficientes da ocorrência de fraude, após a interpretação da operação fundamentada na documentação apresentada pela própria empresa impetrante. Contudo, devem ser respeitados os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, eis que a impetrante, apesar. de cientificada dos atos*

[2] Trecho à fl. 1115 (numeração física)

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 12/05/2014 por CLEUZA TAKAFUJI, Assinado digitalmente em 12/05/2014 por HENRIQUE PINHEIRO TORRES, Assinado digitalmente em 21/05/2014 por LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS
Impresso em 10/06/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

> *praticados pela fiscalização até o momento, não foi intimada para se defender.*
>
> *Assim, não me parece razoável, neste momento processual, a apreensão de bens que já foram nacionalizados pela importadora e, a principio, regularmente adquiridos no mercado nacional e disponíveis nos estabelecimentos da impetrante para o comércio.*

Notar que tal premissa é reproduzida na parte dispositiva do julgado e como tal, não representa exclusivamente uma razão de decidir, faz parte da norma individual e concreta que disciplinará os fatos litigiosos:

> *Pelo exposto,* ***defiro o pedido liminar*** *para impedir que as* ***mercadorias adquiridas pela impetrante*** *da importadora COTIA TRADING, que já foram nacionalizadas, e que estão nos estabelecimentos da impetrante relacionados na petição de emenda da inicial, não sejam apreendidas, até decisão contrária proferida nesta ação.* (destaquei)

Ou seja, o Poder Judiciário afirmou que as mercadorias revendidas (e, portanto, consumidas) não poderiam ser apreendidas.

Aliás, mesmo que se considerasse que a comercialização operada no mercado atacadista não caracterizasse seu consumo, não se pode olvidar que a própria autuada compareceu perante o Poder Judiciário arguindo que pretendia revender os produtos a consumidores finais. Confira-se o trecho da petição inicial que sintetiza os elementos que, na sua visão da Contribuinte, caracterizariam o ***periculum in mora***[3]***:***

> *60. - A necessidade da ordem judicial em caráter liminar justifica-se ao fundado receio de que a apreensão acarrete prejuízos irreparáveis. O* ***"periculum in mora",*** *no caso, decorre da possibilidade da apreensão das mercadorias, o que poderia acarretar prejuízos para a Impetrante, tendo em vista que o Natal se aproxima, sendo o período em que a demanda por produtos é a maior do ano. Sem as mercadorias a Impetrante poderia ficar impedida literalmente de exercer sua atividade.*
>
> *61. - Some-se a isto o fato de que parte dos funcionários da Receita Federal estão em greve, e os processos de importação e liberação de mercadorias estão atrasados, fato esse notório, que a imprensa narra diariamente. Dificilmente receberia novas mercadorias. Essa situação acarretaria desabastecimento que se traduziria em grave prejuízo para a Impetrante,* ***que ficaria privada de vender suas mercadorias*** *e de auferir receita. Além disso, o Estado e a União Federal ficariam privados dos tributos incidentes nas vendas. Caso isto ocorra, não haveria como reaver o prejuízo sofrido.* (destaquei)
>
> *62. - Não bastasse isso, pela natureza dos produtos em questão, artigos de moda, mesmo que viessem a ser posteriormente liberadas, as mercadorias perderiam seu valor e a demanda e a atração de consumo que causam quando ofertadas aos clientes*

[3] Trecho à fl. 965 (numeração física).

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 12/05/2014 por CLEUZA TAKAFUJI, Assinado digitalmente em 12/05/2014 por HENRIQUE PINHEIRO TORRES, Assinado digitalmente em 21/05/2014 por LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS
Impresso em 10/06/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

> *no período previsto, de acordo com as dispendiosas campanhas de marketing veiculadas e todo esforço feito pela empresa, deixariam de existir. Isso representaria prejuízo, também irrecuperável.*

De se registrar, finalmente, quanto a esse aspecto, que não foi trazido ao processo qualquer elemento que demonstrasse que, apesar da liminar, na data da lavratura do auto de infração, as mercadorias não teriam sido revendidas a consumidor final.

Assim, restando devidamente caracterizada uma das hipóteses previstas no art. 73 da Lei nº 10.833, de 2003, forçoso é concluir que o acórdão recorrido deve ser reformado, para o efeito de admitir a possibilidade de conversão do perdimento em multa.

Ocorre, entretanto, que a primeira condição para a imposição da multa, ou seja, a caracterização de que as mercadorias se sujeitariam à pena de perdimento, com reconheceu a recorrente, não foi analisada pela instância *a quo*.

Assim, enfrentar essas questões de mérito neste momento processual representaria, sem sombra de dúvidas, supressão de instância e, como tal, cerceamento do direito de defesa.

Em face de tal obstáculo, entendo que este Colegiado não poderia adentrar nessa discussão.

Com essas considerações, voto no sentido de dar provimento ao recurso da Fazenda Nacional, reconhecendo a possibilidade de se converter a pena de perdimento em pecúnia e de devolver o processo à instância de origem, para análise das demais questões aduzidas pelo sujeito passivo.

Henrique Pinheiro Torres

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 12/05/2014 por CLEUZA TAKAFUJI, Assinado digitalmente em 12/05/2014 por HENRIQUE PINHEIRO TORRES, Assinado digitalmente em 21/05/2014 por LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS
Impresso em 10/06/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA