



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10675.003323/2006-70
Recurso Especial do Procurador
Acórdão nº 9303-010.552 – CSRF / 3ª Turma
Sessão de 11 de agosto de 2020
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado MARCOS ANTONIO DA SILVA

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 22/02/2006

IMPORTAÇÃO MERCADORIA. INTRODUÇÃO CLANDESTINA
INFRAÇÃO ADUANEIRA. RESPONSABILIDADE. PLACAS PARA
MÁQUINAS “CAÇA-NÍQUEL”.

A responsabilidade por infrações à legislação aduaneira como a prevista no Decreto-lei nº 37, de 1966, art.107, VII, ‘b’, com a redação dada pelo art.77 da Lei nº 10.833, de 2003, é objetiva e extensiva, conforme disposto no art. 95, I, do DL nº 37, de 1966, a quem quer que, de qualquer forma, concorra para sua prática ou dela se beneficie.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, por maioria de votos, em dar-lhe provimento, vencidas as conselheiras Tatiana Midori Migiyama e Érika Costa Camargos Autran, que lhe negaram provimento.

(documento assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas – Presidente em Exercício

(documento assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Andrada Marcio Canuto Natal, Tatiana Midori Migiyama, Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Valcir Gassen, Jorge Olmiro Lock Freire, Erika Costa Camargos Autran, Vanessa Marini Ceconello e Rodrigo da Costa Possas (Presidente em Exercício).

Relatório

Trata-se de Recurso Especial de divergências interposto pela Fazenda Nacional contra decisão consubstanciada no **Acórdão nº 3002-000.115**, de 11/04/2018 (fls. 69/84), proferida pela 2ª Turma Extraordinária da 3ª Seção de julgamento/CARF, que deu provimento ao Recurso Voluntário apresentado.

Do Auto de Infração

Trata-se de Auto de Infração (fls. 2/4), referente a multa pela importação de mercadoria atentatória à moral, aos bons costumes, saúde ou ordem pública (1 placa para Máquina de “Caça-Níquel”), no valor de R\$ 1.000,00, aplicada pela fiscalização aduaneira com fulcro no artigo 107, inciso VII, alínea “b” do Decreto-Lei nº 37, de 1966, com a redação dada pelo artigo 77 da Lei nº 10.833, de 2003.

Os fatos que deram ensejo ao lançamento foram descritos pela Fiscalização, resumidos da seguinte forma (fl. 3): Em cumprimento ao Mandado de Busca e Apreensão, foi apreendido em 22/02/2006, 01 (uma) placa para máquina “Caça Níquel”, no estabelecimento comercial denominado “LM - Lanchonete e Pastelaria”, de propriedade do Sr Marco Antônio da Silva, conforme consta do AUTO CIRCUNSTANCIADO J/81, de fl. 09. Em 22/03/2006, foi lavrado também o Auto de Infração para aplicação da pena de perdimento das placas, formalizado no PAF nº 10675.000848/2006-53.

Da Impugnação e Decisão de 1ª Instância

Cientificada do Auto de Infração, o Contribuinte apresentou a Impugnação de fls. 20/21, requerendo o cancelamento do lançamento, aduzindo que:

1- foi autuado por “importação de mercadoria atentatória à moral/bons costumes/saúde/pública” em face da apreensão pela Polícia Federal de placa para máquina “caça níquel”, no entanto, não é “importador” e também “não importou” a placa de máquina caça níquel, bem como não é, e nunca foi, proprietário das mesmas;

2- desconhecia a existência de “placa(s) estrangeira(s)” dentro das máquinas caça níquel, porque não era proprietário da máquina, porque nunca as abriu para olhar o que tinha dentro; se olhasse, não saberia distinguir por não ter conhecimento técnico pertinente à questão;

3- que alugou um pequeno espaço em seu comércio para colocação da máquina caça níquel, o que é praxe geral nas cidades e do conhecimento geral dos agentes públicos;

4- conforme Nota Fiscal e Laudo de Assistência Técnica, em anexo, o importador é Grand Columbus Importadora e Exportadora Ltda, e destinatário Game Line Ltda;

5- que a multa pecuniária de R\$ 1.000,00, passou a vigorar a partir de 29/12/2003, e a importação ocorreu em data anterior, conforme Nota Fiscal, portanto ao fato não pode ser aplicada a multa pecuniária. E, mesmo que, hipoteticamente, se desconsidere a Nota Fiscal, ainda assim é inaplicável a multa pecuniária porque a RFB não pode afirmar que tal importação tenha ocorrido em data posterior à Lei n. 10.833 de 2003;

A DRJ em Fortaleza (CE), apreciou a peça Impugnatória e, em decisão consubstanciada no Acórdão nº 08-23.441, de 08/05/2012, (fls. 37/50), considerou **improcedente** a Impugnação, mantendo-se o crédito tributário exigido, assentando que:

a) quanto à multa - importação da máquina “caça níquel”: a partir da publicação da Lei nº 10.833, de 2003, a importação de máquina do tipo “caça níquel”, bem como de suas partes e peças, considerada como mercadoria atentatória à moral e aos bons costumes, passou a ser punível, também, com multa pecuniária no valor de R\$ 1.000,00;

b) quanto às alegações de importação por terceiro e data do fato gerador – a nota fiscal e o laudo apresentados não apresentam qualquer liame com os itens objeto da apreensão, portanto não configuram a importação por terceiro nem têm o condão de indicar a importação anterior à lei; e

c) quanto a responsabilidade pela infração: decidiu que o impugnante não apresentou provas que pudessem justificar sua exclusão do lançamento, concluindo que o autuado responde pela infração, pois foi flagrado, em 2006, na posse e usufruto de máquina caça-níquel de origem estrangeira, e sequer comprovou que não concorreu para a importação dela. Portanto, ele é parte legítima para figurar no pólo passivo da relação jurídico-tributária formalizada por meio do auto de infração sob exame.

Recurso Voluntário

Cientificado da decisão de 1ª instância o Contribuinte apresentou o Recurso Voluntário (fls. 57/65), através do qual repisou, em síntese, as razões apresentadas em sua Impugnação, acrescentando o pedido de reconhecimento de nulidade do auto de infração por vício material. Trouxe, ainda, em seu recurso, votos proferidos em outros processos, que acolhem a tese apresentada em suas razões recursais.

Da decisão recorrida

O Recurso Voluntário foi submetido a apreciação da Segunda Turma Extraordinária, que exarou a decisão consubstanciada no **Acórdão nº 3002-000.115**, de 11/04/2018 (fls. 69/84), proferida pela 2ª Turma Extraordinária da 3ª Seção de julgamento/CARF, que deu provimento ao Recurso Voluntário apresentado.

Nessa decisão, o Colegiado assentou que a multa prevista no Decreto-lei nº 37, de 1966, art.107, VII, “b”, com a redação dada pelo art. 77 da Lei nº 10.833, de 2003, deverá ser aplicada aos casos em que a importação tenha sido realizada após a sua entrada em vigor. Não sendo possível verificar do Auto de Infração a data do ato punível, **há de ser cancelado o auto de infração por nulidade material**.

Embargos de Declaração

Cientificada do Acórdão nº 3002-000.115, a Fazenda Nacional opôs Embargos de Declaração de fls. 86/88, sob o pressuposto de que existiria contradição no julgado pois no voto a relatora consignou que não estava julgando o mérito, mas no resultado anotado na folha de rosto constou que a preliminar foi acatada por maioria e que, no mérito, deu-se provimento ao

recurso voluntário. Analisado o recurso, e percebido a contradição, o mesmo foi admitido pelo Presidente da 2ª Turma Extraordinária em 04/10/2018 (Despacho de fls. 91/92).

Colocado em pauta na sessão de 13/12/2018, o Colegiado acolheu os Embargos para admitir a alegada contradição no Acórdão embargado e esta foi saneada em sede de julgamento de Embargos declaratórios, conforme Acórdão de Embargos n.º 3002-000.546 (fls. 93/104). Como consequência do saneamento da contradição identificada, o Acórdão embargado passou a possuir o conteúdo a seguir indicado:

"Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em acatar a preliminar suscitada, para fins de dar provimento ao Recurso Voluntário, determinando o cancelamento do auto de infração em comento, em razão da sua nulidade por vício material, vencido o Conselheiro Carlos Alberto da Silva Esteves, que rejeitava a preliminar suscitada e, no mérito, negava provimento ao Recurso Voluntário".

Recurso Especial da Fazenda Nacional

Cientificada do Acórdão n.º 3002-000.115, de 11/04/2018, integrado pelo Acórdão de Embargos n.º 3002-000.546, de 13/12/2018, a Fazenda Nacional apresentou Recurso Especial de divergência (fls. 106/114), apontando o dissídio jurisprudencial que visa discutir em relação a seguinte matéria: “a quem toca o ônus da prova de que as mercadorias atentatórias à moral e aos bons costumes, foram importadas irregularmente em data posterior à de vigência do art.77 da Lei n.º 10.833, de 2003”.

Defende que tendo em vista o dissídio jurisprudencial apontado, requer que seja admitido e, no mérito, dado provimento do Recurso Especial.

Assevera que, tratando-se da apreensão de mercadoria contrabandeada, **é na data da apreensão**, com constatação da infração, pela autoridade fiscal competente, que ocorre o fato infracional punível. Desse modo, considerando-se que na hipótese destes autos a apreensão ocorreu em data em que já estava evidentemente vigente a Lei n.º 10.833, de 2003, a qual fundamentou a exigência da multa pecuniária objeto do presente processo, não há falar em nulidade material do auto de infração impugnado.

Para comprovar a divergência trouxe, como paradigma o Acórdão n.º 3302-002.364, alegando que:

- no Acórdão recorrido considerou da análise do auto de infração não permitia identificar a data em que as importações foram realizadas, não se sabendo se ocorreram antes ou depois da entrada em vigor da Lei n.º 10.833, de 2003. Por essa razão, decidiu que a Fiscalização não se desincumbiu do seu ônus probatório quanto à constituição do crédito tributário exigido, tornando o auto de infração nulo de pleno direito.

- o Acórdão paradigma concluiu que não merecia acolhida a alegação de que as importações de mercadorias atentatórias à moral e aos bons costumes ocorreram em data anterior à de vigência da Lei n.º 10.833, de 2003, porque carente de prova, presumindo-se o fato gerador na data da apreensão da mercadoria.

Em sede de análise de admissibilidade, verificou-se que nos arestos confrontados, a divergência jurisprudencial restou comprovada, pois entre as controvérsias das lides, discutiu-se se cabia ou não o Fisco comprovar que as máquinas foram importadas irregularmente em data posterior à vigência do art.77 da Lei n.º 10.833, de 2003. Com tais considerações, o Presidente da 3ª Câmara da 3ª Seção do CARF, com base no Despacho de fls. 117/121, deu seguimento ao Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional.

Contrarrrazões da Contribuinte

Cientificada do Acórdão n.º 3002-000.115, de 11/04/2018, integrado pelo Acórdão de Embargos n.º 3002-000.546, de 13/12/2018, do Recurso Especial da Fazenda Nacional e do Despacho que lhe deu seguimento, o Contribuinte NÃO apresentou suas contrarrrazões, conforme Despacho de fl. 128.

O processo, então, foi sorteado para este Conselheiro para dar prosseguimento à análise do Recurso Especial da Fazenda Nacional.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Relator.

Conhecimento

O recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade, conforme consta do Despacho do Presidente da 3ª Câmara da 3ª Seção de julgamento/CARF de fls. 545/550, com os quais concordo e cujos fundamentos adoto neste voto.

Portanto, conheço do Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional.

Mérito

Para análise do mérito, se faz necessária a delimitação do litígio. No presente caso, cinge-se a controvérsia em relação à seguinte matéria: ***“a quem toca o ônus da prova de que as mercadorias atentatórias à moral e aos bons costumes, foram importadas irregularmente em data posterior à de vigência do art. 77 da Lei n.º 10.833, de 2003”***.

Como relatado, em cumprimento a Mandado Judicial de Busca e Apreensão, operação conjunta entre a Polícia Federal e a Receita Federal, apreendeu-se parte ou máquina “Caça-Níquel” encontradas no estabelecimento comercial do Contribuinte.

A controvérsia colocado no Recurso Especial refere-se quanto ao ônus da prova da alegação recursal de que as importações - placas eletrônicas para máquinas “Caça-Níqueis”, encontradas no estabelecimento comercial do Contribuinte, haviam sido realizadas antes ou depois da entrada em vigor da penalidade cominada no art. 107, inc. VII, alínea “b”, do Decreto-lei n.º 37, de 1966, com a redação dada pelo art. 77 da Lei n.º 10.833, de 2003.

O **Acórdão recorrido** assentou que cabia à Fiscalização comprovar que o art. 77 da Lei nº 10.833, de 2003, já se encontrava em vigor à época da importação de mercadoria estrangeira atentatória à moral, aos bons costumes, à saúde ou à ordem pública. No voto, concluiu que, “(...) *Em outras palavras, não se está aqui dispondo que inexistiu a infração combatida, mas apenas que não é possível se aferir, da análise do auto de infração, se a norma que instituiu a penalidade encontrava-se vigente quanto aos fatos geradores aqui analisados*”. E, não sendo possível verificar no Auto de Infração a data do ato punível, há de ser cancelado o lançamento por **nulidade material**.

De outro lado, a Fazenda Nacional alega no recurso que tal entendimento praticamente inviabiliza a aplicação da multa em qualquer situação. “Tratando-se da apreensão de mercadoria contrabandeada, **é na data da apreensão**, com constatação da infração, pela autoridade fiscal competente, que ocorre o fato infracional punível”. Cabe ao contribuinte comprovar o fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito do fisco de efetuar o lançamento.

Pois bem. Verifica-se nos autos que a placa para a máquina “Caça Níquel” foi apreendido em pleno uso no estabelecimento do Sr. Marco Antônio da Silva, em **22/02/2006**.

Em suas alegações de defesa, afirma que não foi ele quem importou a máquina em foco, e que a importação se deu em data anterior à vigência da Lei nº 10.833, de 2003. Assevera que a Máquina foi importado por outra empresa, em 1999, com base em cópias de duas Notas Fiscais (fls. 23/24) e de um “Laudo de Assistência Técnica” (fls. 25/28), trazidas juntamente com suas alegações de Impugnação.

Ocorre que essa documentação não foi considerada apta para comprovar tais alegações, como restou bem analisado pela decisão da DRJ, que adoto como razões de decidir e reproduzo trechos abaixo (forte no §1º do art. 50 da Lei nº 9.784, de 1999):

“(...) Independente do exame quanto à idoneidade dos documentos juntados pela defesa, não há como vincular as máquinas objeto deles à que foi apreendida no estabelecimento do autuado. As notas fiscais são referentes a operações de venda de **“máquinas de diversão eletrônica modelo WMH210”**, da empresa Grand Columbus Importadora e Exportadora Ltda., para a Game Line Ltda, realizadas em 06/08/1999 e 17/09/1999. O laudo técnico é referente à importação desse mesmo tipo de máquina pela Grand Comumbus, e apenas confirma que essa empresa efetivamente os importa. **O problema é que as Notas Fiscais não têm o número de série dos equipamentos transacionados.** Esse fato, aliado à **descrição genérica** deles, **torna inviável confirmar se a máquina objeto deste processo está incluída nas que se referem os citados documentos.**

Além da impossibilidade de vincular o equipamento que deu ensejo ao lançamento aos constantes nas notas fiscais apresentadas pela defesa, não consta nos autos prova quanto ao liame entre o autuado e a Games Line Ltda. Dessa forma, **conclui-se que não há como aceitar esses documentos para os fins pretendidos pela defendente. Ou seja, eles não comprovam que a máquina caça-níquel encontrada em poder do autuado foi importada por terceiro, nem que a importação ocorreu em data anterior à de vigência da Lei nº 10.833/2003.**

Acaso fossem consideradas as notas fiscais apresentadas, sem prova inconteste de que elas se referem ao equipamento apreendido, estar-se-ia dando margem a que qualquer possuidor desse tipo de máquina também possa se eximir de eventual cobrança de multa, com base nessa mesma documentação”. (Grifei)

Como pode ser visto, dá análise feita pela DRJ, sequer houve a juntada de provas válidas e consistentes no sentido de se poder averiguar a data efetiva da importação da referida placa da máquina “caça-níquel”, já que os documentos trazidos aos autos pelo Sujeito Passivo não pode ser identificada ou que se referem às mercadorias apreendidas no presente processo.

Além disso, o Auto de Infração tem fundamento no dispositivo legal do Regulamento Aduaneiro (vigente à época dos fatos), qual seja, art. 618, inciso XIX (do Decreto 4.543, de 2002 - RA) e nos artigos, 94, 95, I e 107, inciso VII, alínea "b" do Decreto-Lei nº 37, de 1966 com a redação dada pelo art. 77 da Lei nº 10.833, de 2003, que preveem a responsabilidade pela infração aduaneira de “quem quer que, de qualquer forma, concorra para sua prática ou dela se beneficie”, conforme se verifica da transcrição dos mesmos:

Regulamento Aduaneiro (RA)

Art. 618. Aplica-se a pena de perdimento da mercadoria nas seguintes hipóteses, por configurarem dano ao Erário (Decreto-lei nº 37, de 1966, art. 105, e Decreto-lei nº 1.455, de 1976, art. 23 e § 1º, com a redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002, art. 59) - (Redação dada pelo Decreto nº 4.765, de 24.6.2003)

XIX - estrangeira, atentatória à moral, aos bons costumes, à saúde ou à ordem pública.

Decreto lei nº 37, de 1966:

Art.94 - Constitui infração toda ação ou omissão, voluntária ou involuntária, que importe inobservância, por parte da pessoa natural ou jurídica, de norma estabelecida neste Decreto-Lei, no seu regulamento ou em ato administrativo de caráter normativo destinado a completá-los

Art. 95 - Respondem pela infração:

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

Art. 107. Aplicam-se ainda as seguintes multas:

(...);

VII - de R\$ 1.000,00 (mil reais): (Redação dada pela Lei nº 10.833, de 29.12.2003)

(...);

b) pela importação de mercadoria estrangeira atentatória à moral, aos bons costumes, à saúde ou à ordem pública, sem prejuízo da aplicação da pena prevista no inciso XIX do art. 105; (...). Grifei

Observando as regras genéricas referentes à natureza objetiva e extensão da responsabilidade por infrações aduaneiras (capituladas nos arts. 94 e 95, I, do Decreto-lei nº 37, de 1966), com a regra específica que estabelece a hipótese de incidência no art. 107, VII, “b”, do Decreto-lei nº 37, de 1966 (com a redação dada pelo art. 77 da Lei nº 10.833, de 2003), verifica-se que não há qualquer vício quanto à identificação do sujeito passivo do lançamento, uma vez que o autuado é pessoa flagrada em descumprimento da norma acima posta.

Nesse diapasão, considerando que o Contribuinte não apresentou provas hábeis que pudessem justificar sua exclusão do polo passivo da obrigação tributária, conclui-se que o Sr. Marcos Antônio da Silva responde pela infração, pois foi autuado (em 22/02/2006), na posse e usufruto de Máquina “caça-níquel” de origem estrangeira, e sequer comprovou que não concorreu para sua importação. Portanto, ele é parte legítima para figurar no pólo passivo da relação jurídico-tributária formalizada por meio do presente lançamento.

E, como visto alhures, a apreensão ocorreu em 2006, data em que já estava vigente a Lei nº 10.833, de 2003, que fundamentou a exigência da multa pecuniária objeto do presente processo, portanto, não há que se falar em nulidade material do Auto de Infração.

Mesmo porque, caberia ao autuado a produzir prova no sentido de que a importação ocorrera em data anterior à vigência art. 77 da Lei nº 10.833/2003. Veja-se o disposto no art. 373 do Novo Código de Processo Civil, que estabelece:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Como pode ser observado, cabe ao sujeito passivo comprovar o fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito do Fisco efetuar o lançamento.

Considerando-se que no caso aqui discutido o Contribuinte não se desincumbiu desse ônus, prevalece a presunção - adotada pelo Fisco, de que o Sr. Marcos Antônio da Silva concorreu para importação irregular efetuada já na vigência do art. 77 da Lei nº 10.833, de 2003.

Conclusão

Em vista do exposto, voto no sentido de conhecer do Recurso Especial de divergência interposto pela Fazenda Nacional e no mérito **dar-lhe** provimento, a fim de se reformar o Acórdão recorrido, restabelecendo-se a multa aplicada no Auto de Infração.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos

