



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº	10711.000749/2004-26
Recurso nº	130.564 De Ofício
Matéria	MULTA DECORRENTE DE PENA DE PERDIMENTO
Acórdão nº	302-37.984
Sessão de	19 de setembro de 2006
Recorrente	DRJ-FLORIANÓPOLIS/SC
Interessado	NOVA PLASTIC INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE EMBALAGENS LTDA.

Assunto: Imposto sobre a Exportação - IE

Data do fato gerador: 31/10/2003

Ementa: CONVERSÃO DA PENA DE PERDIMENTO. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO.

Uma vez que o fato infracionário, descrito na peça acusatória, não corresponde ao que revelam as provas dos autos, não pode prosperar o auto de infração, por conter vício insanável.

RECURSO DE OFÍCIO NEGADO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da SEGUNDA CÂMARA do TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso de ofício, nos termos do voto do relator. As Conselheiras Elizabeth Emílio de Moraes Chieriegatto, Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro, Mércia Helena Trajano D'Amorim e Judith do Amaral Marcondes Armando votaram pela conclusão.

JUDITH DO AMARAL MARCONDES ARMANDO - Presidente


CORINTHO OLIVEIRA MACHADO - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Paulo Affonseca de Barros Faria Júnior, Luciano Lopes de Almeida Moraes e Luis Antonio Flora. Esteve presente a Procuradora da Fazenda Nacional Maria Cecília Barbosa.

Relatório

Adoto o relato do órgão julgador de primeira instância até aquela fase:

“Por meio do auto de infração de fl. 1, exige-se da contribuinte acima qualificada a Multa Regulamentar prevista no art. 618, inciso VI e § 1º do Decreto nº 4.543, de 26/12/2002 - Regulamento Aduaneiro, na quantia de R\$ 894.771,99 , em virtude da não localização de mercadoria sujeita à aplicação da pena de perdimento.

Segundo Descrição dos Fatos de fls. 5 a 11, a interessada registrou as Declarações de Exportação nº 2030.975453/4, 2030.975476/3, 2030.975463/1, 2030.975472/0, 2030.975459/3 e 2030.975456/9, relativas a cargas de “sacos blocados de polietileno” destinadas a diferentes empresas situadas nos EUA, no valor total de US\$ 312.232,44.

As DDE's foram desembaraçadas no recinto alfandegado da “Libra Terminal Rio S.A.”, pertencente à jurisdição da Alfândega do Porto do Rio de Janeiro/RJ. **O próprio recinto alfandegado atestou a presença da carga no Siscomex em 24/10/2003.**

Após a recepção dos documentos pela fiscalização, **cinco DDE's foram liberadas pelo canal verde** (sem análise documental e sem verificação física), sendo que **a DDE 2030.975456/9 foi direcionada para o canal vermelho**, sujeita a exame documental e físico.

Para as DDE's liberadas pelo canal verde, os dados de embarque foram registrados no Siscomex em 31/10/2003, pela empresa “Wilson Sons Agência Marítima Ltda.”.

Com relação à DDE 2030.975456/9, até a data da lavratura do auto de infração, não haviam sido informados os dados de embarque no Siscomex, sendo que a interessada também não compareceu para conferência da carga.

Em 15/12/2003, foi emitido o Mandado de Procedimento Fiscal de fl. 74, para verificar a efetividade das operações de exportação em tela, registradas no Siscomex.

Foi lavrada intimação dirigida ao recinto alfandegado **Libra Terminal Rio S.A.**, em 17/12/2003, solicitando informar se os contêineres das mercadorias referentes às DDE's acima entraram efetivamente em suas instalações, bem como, em caso positivo, a data dos respectivos embarques (fls. 68 e 69).

Em resposta, foi declarado que as informações de presença de carga foram efetuadas indevidamente por funcionário daquele terminal, à vista unicamente dos documentos, não tendo as referidas cargas entrado em suas instalações. Foi declarado, ainda, que o navio **MSC Carla**, informado pelo exportador, não operou naquele terminal (fls. 70 e 71). ✓

Em 12/01/2004, o Terminal Multi-Rio, operador portuário responsável pela operação de embarque, foi intimado a informar se as mercadorias objeto das DDE's 2030.975453/4, 2030.975476/3, 2030.975463/1, 2030.975472/0 e 2030.975459/3 foram efetivamente embarcadas no Navio MSC Carla (fl. 72).

Em resposta, o terminal declarou que não consta nenhuma carga embarcada no Navio MSC Carla amparada pelas referidas DDE's (fl. 73).

A fiscalização intimou, em 28/01/2004, a empresa Wilson Sons Agência Marítima Ltda., responsável pela confirmação do embarque dos contêineres objeto das DDE's 2030.975453/4, 2030.975476/3, 2030.975463/1, 2030.975472/0 e 2030.975459/3, a prestar informações sobre os embarques, e apresentar os respectivos conhecimentos de carga (fl. 74).

Atendendo à intimação, a empresa informou não reconhecer como legítimos os embarques informados no Siscomex, em seu nome (fl. 84).

Em 27/01/2004, a empresa exportadora Nova Plastic Indústria e Comércio de Embalagens Ltda. foi intimada a manifestar-se sobre os fatos apurados, e informar a localização das mercadorias amparadas pelas seis DDE's registradas em seu nome (fl. 85), mas não apresentou resposta à intimação.

Diante desses elementos, a fiscalização concluiu tratar-se de exportação fictícia, passando à lavratura do auto de infração de fl. 1, para exigência da multa prevista no art. 618, inciso VI e § 1º do RA/2002, bem como da correspondente representação fiscal para fins penais (processo nº 10711.000750/2004-51, em anexo).

Cientificada da autuação, a contribuinte apresentou a defesa de fls. 90 a 102, argumentando, em resumo, que:

- O auto de infração é nulo por preterição do direito de defesa, tendo em vista a inaplicabilidade dos dispositivos legais utilizados em sua fundamentação;
- O enquadramento legal indicado na autuação trata genericamente da sistemática operacional da exportação e respectivos documentos, além da conduta classificada como falsidade ideológica e da aplicação da pena de perdimento em determinadas situações;
- Tal legislação nunca foi infringida pela impugnante, como provam suas declarações e seus registros contábeis;
- Inexistindo conexão lógica entre os fatos afirmados na autuação e a legislação tida como infringida, restaram prejudicados os princípios da ampla defesa e do devido processo legal, pois a interessada nem sabe ao certo do que se defender. Não havendo subsunção do fato ao preceito legal, deve-se declarar a nulidade do lançamento;
- O auto de infração, para ser válido, deve obedecer à forma prescrita no art. 10 do Decreto nº 70.235/72. Considerando a impossibilidade de

se vincular a lavratura do presente auto de infração ao enquadramento legal tido por infringido, deve-se reconhecer a nulidade do feito fiscal, por inobservância da forma prevista em lei;

- A impugnante, que tem por objeto social a indústria, comércio, importação e exportação de embalagens plásticas, contratou os serviços da empresa "Open Trade Logística Internacional Ltda.", cadastrada no CNPJ sob nº 03.579.843/0001-82, e representada pelo Sr. Paulo José Ferreira Fonseca, portador do CPF nº 608.389.300-34, que responde pelas funções de Diretor de Logística e Despachante Aduaneiro;

- Desse modo, a referida empresa era responsável pela tramitação de todos os processos de exportação da impugnante, desde a contratação do transporte internacional, a emissão dos Registros de Exportação e o respectivo despacho aduaneiro. Uma vez definida a negociação, a impugnante apenas repassava a documentação e a mercadoria para a empresa contratada, que se responsabilizava por toda a operação de exportação;

- A empresa contratada sempre informou a realização das exportações, motivo pelo qual a interessada a remunerava pelos serviços prestados;

- Tendo em vista o princípio da estrita legalidade (art. 150, inciso I da CF), não pode a autoridade fiscal presumir que as exportações não ocorreram, quando toda a documentação correspondente encontra-se rigorosamente em ordem;

- Na presente autuação, foram consideradas apenas as alegações de algumas empresas, de forma unilateral e isolada, procedimento que fere o princípio constitucional da legalidade, motivando a nulidade da peça fiscal;

- Note-se que, até o presente momento, a impugnante ainda não recebeu os valores das exportações fiscalizadas, que ficaram de ser repassados pela empresa Open Trade Logística Internacional Ltda., a qual tem insistentemente alegado que os repassará, tão logo finalize os procedimentos rotineiros;

- Os documentos ora juntados (extratos do Siscomex e conhecimentos de embarque de fls. 112 a 191), foram encaminhados à impugnante pela empresa Open Trade, que sempre afirmou a legalidade e efetividade das exportações. Tais documentos comprovam a ocorrência das exportações, discriminando os Registros de Exportação, a quantidade das mercadorias, as datas de embarque constantes dos conhecimentos e outros dados;

- A impugnante agiu com boa-fé, confiando nos serviços prestados pela empresa Open Trade, motivo pelo qual causou-lhe surpresa a informação da suposta inoccorrência das exportações de suas mercadorias. Em sendo procedentes tais acusações, a verdadeira lesada foi a impugnante, pois deixou de receber os valores dessas exportações, que nunca lhe foram repassados;

- A interessada em nenhum momento promoveu qualquer ato relacionado a tais exportações por meio de seus prepostos e representantes legais, conforme já comprovado. Destarte, inexistindo ✓

qualquer ato imputado à impugnante capaz de demonstrar ação dolosa tendente a fraudar os cofres públicos, não há que se falar em falsidade documental;

- Também é inaplicável a pena de perdimento das mercadorias exportadas com a conseqüente conversão em multa do respectivo valor aduaneiro, visto que as exportações foram efetivadas e, se não o foram, o que se admite apenas como suposição, nenhuma responsabilidade patrimonial pode ser atribuída à impugnante;

- Diante do exposto, requer seja declarada a inexistência de qualquer débito tributário de responsabilidade da interessada;

- Da mesma forma, a exigência fiscal não merece prosperar, por acobertar a cobrança de encargos manifestamente ilegais, decorrentes da utilização da Taxa Selic para corrigir o débito, e da incidência sobre este de juros remuneratórios de um por cento ao mês (vide argumentos de fls. 100 a 102);

- Concluindo, requer seja julgado improcedente o presente lançamento, protestando pela produção de todas as provas em direito admitidas, notadamente a prova testemunhal, bem como a juntada de novos documentos que, em razão da exigüidade do prazo de impugnação, ainda não foram obtidos."

A DRJ em FLORIANÓPOLIS/SC declarou improcedente o lançamento, ementando o acórdão assim:

"Assunto: Imposto sobre a Exportação - IE

Data do fato gerador: 31/10/2003

Ementa: FRAUDE. INOCORRÊNCIA DA EXPORTAÇÃO DECLARADA. CONVERSÃO DA PENA DE PERDIMENTO.

De acordo com o disposto no art. 73 da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, a conversão do perdimento em pena pecuniária depende de que tenha existido mercadoria sujeita ao perdimento, cuja cominação resulte obstada pelo desaparecimento dessa mercadoria, em franco cometimento de dano ao erário.

Tendo sido premissa da autuação a inexistência da mercadoria correspondente à presença de carga registrada, então jamais existiu objeto sujeito à pena de perdimento, o que redunde na impossibilidade de sua aplicação e, conseqüentemente, na impossibilidade de sua conversão na multa aplicada.

Ressalte-se que a improcedência do lançamento ora analisado não implica a preclusão do direito de a Fazenda Pública constituir, em boa e correta forma, o crédito tributário correspondente, desde que o faça previamente ao decurso do prazo decadencial.

Lançamento Improcedente"

Releva trazer à colação o voto vencido, no que diz com a questão central do lançamento: ✓

“A Descrição dos Fatos do auto de infração (fls. 5 a 11) revela que a interessada registrou seis Declarações de Exportação (2030.975453/4, 2030.975476/3, 2030.975463/1, 2030.975472/0, 2030.975459/3 e 2030.975456/9), relativas a exportações de produtos no valor total de US\$ 312.232,44.

As DDE's n.º 2030.975453/4, 2030.975476/3, 2030.975463/1, 2030.975472/0 e 2030.975459/3 foram liberadas pelo canal verde (sem verificação documental e física), sendo que apenas a DDE n.º 2030.975456/9, foi parametrizada para o canal vermelho, que obriga a realização de exame documental e físico das mercadorias.

Para as cinco DDE's liberadas pelo canal verde, o recinto alfandegado Libra Terminal Rio S.A. informou a presença de carga em 24/10/2003 e o transportador Wilson Sons Agência Marítima Ltda. registrou os dados de embarque em 31/10/2003.

No entanto, quando intimado a confirmar a efetividade de tais exportações, o recinto alfandegado declarou que a presença de carga foi registrada indevidamente por um de seus funcionários, à vista unicamente dos documentos, não tendo as referidas cargas entrado em suas instalações.

O operador portuário Terminal Multi-Rio, quando intimado a prestar esclarecimentos, declarou que não consta nenhuma carga embarcada no Navio MSC Carla amparada pelas referidas DDE's.

Do mesmo modo, o transportador Wilson Sons Agência Marítima Ltda. não reconheceu como legítimos os embarques informados no Siscomex, relativos às citadas DDE's.

Finalmente, a empresa exportadora Nova Plastic Indústria e Comércio de Embalagens Ltda., quando intimada a manifestar-se a respeito dos fatos apurados, não apresentou qualquer resposta.

Desse modo, a fiscalização passou à lavratura do auto de infração de fl. 1, para exigência da multa prevista no art. 618, inciso VI e § 1º do RA/2002, e formalizou a correspondente representação fiscal para fins penais.

Após notificada da autuação, a impugnante Nova Plastic Indústria e Comércio de Embalagens Ltda. protocolizou a defesa de fl. 90, asseverando que efetivamente repassou as mercadorias exportadas à empresa Open Trade Logística Internacional Ltda., acompanhadas da respectiva documentação. Atesta que os documentos de fls. 112 a 191 (extratos do Siscomex e conhecimentos de embarque) apontam a efetividade das exportações em questão.

Nessas circunstâncias, não prevalecem as inquinações de nulidade da autuação defendidas pela impugnante, pela alegada incompatibilidade entre os fatos descritos e a fundamentação legal do lançamento, como se verá. ✓

A multa exigida no presente auto de infração está fundamentada nos dispositivos legais abaixo transcritos, consolidados no art. 618, inciso VI e § 1º do RA/2002 (v. fl. 2):

Decreto-lei nº 37, de 18/11/1966

Art. 105. Aplica-se a pena de perda da mercadoria:

[...]

VI - estrangeira ou nacional, na importação ou na exportação, se qualquer documento necessário ao seu embarque ou desembarque tiver sido falsificado ou adulterado;

Decreto-lei nº 1.455, de 07/04/1976

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

[...]

IV - enquadradas nas hipóteses previstas nas alíneas a e b do parágrafo único do art. 104 e nos incisos I a XIX do art. 105, do Decreto-Lei nº 37, de 18 de novembro de 1966.

[...]

§ 1º O dano do 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 transferida a terceiro ou consumida. (acrescido pela Lei nº 10.637, de 30/12/2002).

Lei nº 10.833, de 29/12/2003

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 § 3º do art. 23 do Decreto-Lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976, com a redação dada pelo art. 59 da Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002.

§ 2º A multa a que se refere o § 1º será 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.

Decreto nº 4.543, de 26/12/2002 – Regulamento Aduaneiro

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):

[...]

VI - estrangeira ou nacional, na importação ou na exportação, se qualquer documento necessário ao seu embarque ou desembaraço tiver sido falsificado ou adulterado;

[...]

§ 1º A pena de que trata este artigo converte-se em multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria que não seja localizada ou que tenha sido consumida (Decreto-lei nº 1.455, de 1976, art. 23, § 3º, com a redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002, art. 59).

Os documentos que instruem o processo demonstram a ocorrência da infração prevista no art. 618, § 1º do RA/2002 acima transcrito, uma vez que a mercadoria exportada pela impugnante não foi localizada, nem foi confirmada a legitimidade dos registros de presença de carga e averbação de embarque efetuados no Siscomex.

Note-se que os despachos de exportação registrados pela interessada no Siscomex indicam o número das notas fiscais e das faturas comerciais que ampararam as operações em análise (v. extratos de fls. 14, 17, 26, 29, 34, 37, 46, 49, 54, 57 e 64).

Resta caracterizada, portanto, a subsunção do fato apurado à norma legal infringida, motivo pelo qual não há que se falar em preterição ou cerceamento do direito de defesa da interessada que, pelo teor de sua impugnação, demonstra pleno conhecimento das circunstâncias de fato e de direito que envolvem a autuação.

No que diz respeito à forma, o auto de infração atende a todos os requisitos definidos no art. 10 do Decreto nº 70.235/72, sendo igualmente descabida a acusação de nulidade sob este fundamento.

A tese de que a autuada não seria responsável pela prática da infração, em virtude da alegada contratação dos serviços da empresa "Open Trade Logística Internacional Ltda.", também não prevalece, pois não foi apresentado nenhum documento capaz de demonstrar essa assertiva.

É importante ressaltar que todas as exportações em foco foram efetuadas em nome da empresa autuada - Nova Plastic Indústria e Comércio de Embalagens Ltda. - circunstância que a enquadra na condição de sujeito passivo da infração apurada nos autos, por determinação expressa contida nos arts. 121 inciso I, 124 inciso I e 136 do CTN c/c art. 95, incisos I e IV do Decreto-lei nº 37/1966, consolidado no art. 603 do RA/2002.

Ao contrário do que alega a impugnante, a autuação não está baseada em simples presunção de que as exportações em tela não teriam ocorrido.

A inocorrência das exportações em questão está comprovada nos autos, através dos documentos obtidos na investigação fiscal efetuada junto ao recinto alfandegado Libra Terminal Rio S.A, ao operador portuário/

Terminal Multi-Rio e ao transportador Wilson Sons Agência Marítima Ltda., que foram unânimes ao afirmar que as exportações de fato não ocorreram, e que os registros inseridos no Siscomex são ilegítimos.

Note-se que a impugnante defende a efetividade das mencionadas exportações, mas não atendeu à intimação efetuada no decurso do procedimento fiscal (fl. 85). Do mesmo modo, na fase de impugnação, não trouxe aos autos nenhum documento capaz de contestar os depoimentos do depositário, do operador portuário e do transportador, no sentido de que as mercadorias em questão não foram efetivamente exportadas.

Assim sendo, os documentos que instruem o processo indicam que as mercadorias saíram do estabelecimento do exportador (notas fiscais de saída informadas pela própria interessada no Siscomex), mas não há provas de que tenham sido efetivamente entregues ao depositário para posterior exportação. Não há nos autos nenhum documento que comprove essa assertiva. Conclui-se, então, que as mercadorias destinadas para exportação, embora existentes, não foram efetivamente transferidas ao depositário, hipótese que materializa a infração prevista no art. 618, inciso VI, § 1º do RA/2002.

Embora os fatos analisados indiquem também a ocorrência de irregularidades praticadas pelo depositário e pelo transportador, os quais, em princípio, poderiam ter sido incluídos no auto de infração como responsáveis solidários pela infração apurada nos autos, a não inclusão dos mesmos no pólo passivo da obrigação tributária não nulifica o presente lançamento, eis que a solidariedade pode ser invocada posteriormente, na fase de cobrança do crédito tributário ora exigido."

E para que os meus i. pares tenham total conhecimento da pendenga, trago, no que interessa, também, o voto vencedor:

"Registre-se que o lançamento em questão, além de apresentar-se imperfeito no que respeita à identificação do sujeito passivo, assunto a que me reportarei mais adiante, padece, a meu ver, de vício insanável que compromete a subsistência da autuação, uma vez que o fato infracionário inscrito na peça acusatória não corresponde ao que revelam as provas dos autos, cujo teor indica, até que se produza prova em contrário, a ocorrência de desvio de carga que já se encontrava sob custódia da depositária Libra Terminal Rio S.A.

Da descrição dos fatos que integra o auto de infração, os quais correspondem aos elementos probatórios insertos no processo, consta que as mercadorias objeto de diversas Declarações para Despacho de Exportação (DDEs) registradas em nome da autuada, na qualidade de exportadora, tiveram seu recebimento atestado pela depositária, mediante o registro da presença de carga no Sistema de Comércio Exterior - Siscomex. E mais, consta que tais mercadorias encontravam-se documentalmente amparadas pelo documentário fiscal obrigatório, aí incluídas as Notas Fiscais de saída dessas mercadorias do estabelecimento fabricante-exportador, e que o embarque dessas mercadorias fora registrado em nome do transportador, representado no ato pela empresa Wilson Sons Agência Marítima Ltda. ✓

Desses fatos, aqui sucintamente relatados e nos autos extensivamente expostos, extraiu a fiscalização a conclusão de que:

“a presença de carga e embarque não aconteceram e trata-se de exportação fictícia” (sic). Tal conclusão constitui, em si mesma, o fato infracionário apontado que, por sua vez, representa o principal elemento do auto de infração, peça do processo de determinação e exigência de crédito tributário cujo caráter acusatório, constituindo sua própria essência, define sua natureza jurídica.

Assim, por tudo que do processo consta, é notório o equívoco cometido na autuação, haja vista não ser essa a ocorrência infracionária verificada. A presença de carga aconteceu sim, e não será uma simples declaração da depositária, confessando que acusou a presença de uma carga ausente, o bastante para afastá-la do pólo passivo da exigência em questão. Ter procedido dessa maneira apenas aponta para o pouco desvelo com que a declarante desenvolve sua atividade, deixando de adotar as cautelas mínimas dela exigidas para eximir-se de responsabilidade sobre infrações diversas que possam vir a ser praticadas por ela ou, em seu nome, por seus prepostos. Na espécie, o caráter doloso da prática infracionária flagrada é reforçado pela falsa averbação do embarque da mercadoria, praticada pelo agente marítimo ou, em seu nome, por preposto seu. A responsabilidade por tal prática não pode, igualmente e pelas mesmas razões já expostas, ser afastada por mera alegação apresentada, em termo de declaração, por esse agente marítimo.

Como se vê, nos limites das provas processuais insertas nos autos do presente processo, não é outra a infração acusável senão a do desvio de carga recebida pela depositária que, em colusão com a Agência Marítima, se revelou infiel na guarda da mercadoria. Até aqui, tudo que se apurou exclui do pólo passivo o fabricante exportador, da feita que não há nos autos prova de sua participação na infração cometida, conquanto muitas sejam as suspeitas possíveis relativamente ao seu envolvimento na operação, as quais não foram objeto de procedimentos fiscais tendentes a demonstrar sua veracidade.

O fato infracionário acusado no auto de infração parte, implicitamente, do pressuposto de que as Notas Fiscais indicadas nas DDEs, emitidas para acobertar a operação e obrigatoriamente entregues ao fisco, são inidôneas por não corresponderem a uma saída efetiva de mercadoria do estabelecimento emitente, em situação que não se enquadra nos casos permitidos em lei para tal ocorrência.

Contudo, opõe-se a essa hipótese a ausência de provas. Registre-se que a persistir essa tese, os autos encontram-se em fase de elaboração, carente de procedimentos fiscais que, se adotados, poderão conduzir, hipoteticamente, até à constatação de que o estabelecimento exportador nem sequer existe de fato, representando nada mais que um amontoado de papéis capazes apenas de fazer prova em favor do fisco.

Vindo esses fatos a serem comprovados, poderia persistir a acusação contida no auto de infração, porém essa não encontraria tipicidade no dispositivo legal capitulado, mas sim no que dispõe o art. 490, inciso II, ✓

do Regulamento do Imposto sobre Produtos Industrializados - RIPI, Decreto nº 4.544, de 26 de dezembro de 2002, in verbis :

"Art. 490. Sem prejuízo de outras sanções administrativas ou penais cabíveis, incorrerão na multa igual ao valor comercial da mercadoria ou ao que lhe for atribuído na nota fiscal, respectivamente (Lei nº 4.502, de 1964, art. 83, e Decreto-lei nº 400, de 1968, art. 1º, alteração 2ª):

(...)

II - os que emitirem, fora dos casos permitidos neste Regulamento, nota fiscal que não corresponda à saída efetiva, de produto nela descrito, do estabelecimento emitente, e os que, em proveito próprio ou alheio, utilizarem, receberem ou registrarem essa nota para qualquer efeito, haja ou não destaque do imposto e ainda que a nota se refira a produto isento (Lei nº 4.502, de 1964, art. 83, inciso II, e Decreto-lei nº 400, de 1968, art. 1º, alteração 2ª).

(...)"".

Desse fato, ainda pendente de apuração, decorreria outras infrações, dentre as quais relaciona-se o eventual aproveitamento de crédito incentivado do IPI que, em tese, garante ao exportador direito ao seu ressarcimento. Não bastasse isso, a tipificação da infração cometida encontraria sede também nas disposições relativas ao Imposto de Renda das pessoas físicas e jurídicas, e naquelas referentes às contribuições sociais, sem falar na questão cambial, dada a evidente fraude praticada com a finalidade de regularizar, mediante o recebimento de divisas, recursos de origem espúria mantidos no exterior.

Contudo, a julgar pelo disposto no art. 73 da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, se confirmada a ocorrência da infração descrita no auto de infração, não encontraria essa tipificação no dispositivo regulamentar capitulado. Veja-se que, sendo premissa da autuação a inexistência da mercadoria correspondente à presença de carga registrada, então jamais existiu objeto sujeito à pena de perdimento, o que redundava na impossibilidade de sua aplicação e, conseqüentemente, na impossibilidade de sua conversão na multa aplicada.

Em suma, *o fato infracionário descrito não corresponde às provas dos autos e tampouco está sujeito à penalidade prevista no art. 618, inciso VI, § 1º e 3º, do Regulamento Aduaneiro, Decreto nº 4.543, de 26 de dezembro de 2002, razão pela qual, apesar de eivado de nulidade decorrente da errônea indicação do sujeito passivo, o lançamento em apreço revela-se improcedente, da forma como foi formalizado.*

Saliente-se que, embora a meu ver, o lançamento revele-se improcedente, disso não infiro a inoccorrência de infração à legislação tributária. Pelo contrário, sua prática é flagrante e, na medida em que envolve ajustes secretos e fraudulentos entre duas ou mais partes que, em conluio, agiram em prejuízo de terceiros, sua apuração merece o nosso ainda possível empenho, na medida em que:

**A IMPROCEDÊNCIA DO LANÇAMENTO ORA ANALISADO
NÃO IMPLICA A PRECLUSÃO DO DIREITO DE A FAZENDA**

PÚBLICA CONSTITUIR, EM BOA E CORRETA FORMA, O CRÉDITO TRIBUTÁRIO CORRESPONDENTE, DESDE QUE O FAÇA PREVIAMENTE AO DECURSO DO PRAZO DECADENCIAL.

O pressuposto de que não se opera a preclusão do direito de constituição do crédito tributário decorrente da infração praticada, nos termos em que vier a ser apurada, fundamenta-se no fato de que se confirmada a hipótese infracionária de que a mercadoria cuja exportação foi declarada jamais existiu ou que, tendo existido, não foi entregue à depositária, sua tipificação não está, conforme já sustentado, sediada no dispositivo legal capitulado na autuação. Logo o crédito tributário que vier a ser apurado em novo exame fiscal será decorrente de situação fática diferente da descrita no auto de infração que ora se analisa e deverá, tendo em vista a pluralidade de sujeito passivo, ser lançado contra o fabricante exportador, contra a Depositária, a Agência Marítima, o despachante e demais pessoas que tenham contribuído, em conluio, para a prática da infração.

Se, por outro lado, vier a ser constatado que as Notas Fiscais que documentaram a falsa exportação corresponderam a uma saída efetiva do estabelecimento emitente das mercadorias nelas descritas, então a sujeição passiva da autuação deverá, alcançar a Depositária, que deixando de adotar mínimas cautelas, mostrou-se infiel na guarda da mercadoria, e todos os demais já mencionados que, de uma ou de outra forma, participaram dolosamente da autoria da fraude verificada. Apenas o exportador, nesse caso, poderá vir a ser excluído do pólo passivo da exigência, caso não reste comprovado sua participação na operação denunciada, que constitui nada mais, nada menos, do que o descaminho na exportação.

Em quaisquer das hipóteses aventadas, a sujeição passiva da autuação será obrigatoriamente plural, porque não se trata aqui da solidariedade a que se referem os arts. 124 e 134 do Código Tributário Nacional. Não se trata da responsabilidade solidária de terceiro que, mesmo sem revestir-se da condição de contribuinte, está obrigado ao pagamento do crédito tributário. Trata-se de responsabilidade pela efetiva prática da infração apontada. Todos agiram em conjunto, todos se revestem da condição de contribuinte e de infratores e respondem, objetivamente, pelas decorrências tributárias de seus atos, independentemente da responsabilização criminal, de cujo processo deverá resultar a responsabilidade pessoal dos envolvidos.

Observe-se que a eleição do sujeito passivo é matéria de lei, não estando à mercê da preferência da fiscalização nomear, dentre os muitos contribuintes identificados, aquele que melhor lhe convier para a imputação da responsabilidade pela infração cometida. Nos presentes autos, sem nenhum elemento de prova capaz de eximir de suas responsabilidades a depositária infiel, bem como os demais agentes que atuaram na fraude detectada, a autuação elegeu o exportador como único sujeito passivo do lançamento, justamente o único dos envolvidos na ocorrência que tem chance, ainda que remota, de não ter praticado qualquer ilícito.

Tal assertiva, de tão evidente, se confirma na própria ação fiscal, conforme denota a notória incongruência entre a autuação e a representação fiscal para fins penais formalizada, de cujo teor emerge a inócua indicação de pessoas que, conquanto devessem integrar o pólo passivo da exigência, foram discricionariamente eximidas de sua responsabilidade tributária decorrente da infração detectada, de cuja autoria participaram diretamente, viabilizando, diga-se de passagem, a consecução da fraude apontada.

Por oportuno, registre-se que aconselhável seria perquirir a respeito da ocorrência de outras exportações efetuadas pelas pessoas envolvidas na situação que ora se apresenta, anteriormente às de que ora se trata, as quais, se realizadas, possivelmente se enquadrem na hipótese infracionária que vier a ser demonstrada e comprovada.

Pelo exposto, julgo improcedente o lançamento, consignando acessoriamente a incorreta eleição do sujeito passivo, cuja pluralidade não se confunde com a hipótese da solidariedade pelo pagamento de crédito tributário. Tudo acompanhado do entendimento de que os fatos revelados recomendam novo exame, do qual deverá decorrer novo ou novos lançamentos, efetuados em consonância com as provas dos autos, inclusive as obtidas de eventual consulta ao país importador.”

Considerando o montante do crédito tributário exonerado, o órgão julgador de primeira instância interpôs o competente recurso de ofício dirigido a este Colegiado, na forma determinada pelo artigo 34, inciso I, do Decreto nº 70.235/1972, com a redação dada pelo artigo 67, da Lei nº 9.532/1997.

A Repartição de origem, após intimar a interessada da decisão *a quo*, fl. 209, e considerando a presença do recurso de ofício, encaminhou os presentes autos para apreciação deste Colegiado, conforme despacho de fl. 213. ✓

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Corinto Oliveira Machado, Relator

O crédito tributário exonerado no julgamento de primeira instância supera o limite de alçada previsto na Portaria MF nº 375/2001, razão pela qual tomo conhecimento do Recurso de Ofício.

Apesar de o i. Relator *a quo* entender por manter o lançamento (no que foi seguido por um de seus pares), a ilustrada maioria (os três demais) entendeu por exonerar o contribuinte ora apontado solitariamente pela responsabilidade do crédito tributário ora lançado.

Ao meu sentir, andou bem o *decisum* porquanto, de fato, constam do processo provas da ocorrência de outro ilícito que não aquele capitulado pela fiscalização. E sensibilizou-me, sobremaneira, a exortação feita pela i. Relatora designada: *“Veja-se que, sendo premissa da autuação a inexistência da mercadoria correspondente à presença de carga registrada, então jamais existiu objeto sujeito à pena de perdimento, o que redundava na impossibilidade de sua aplicação e, conseqüentemente, na impossibilidade de sua conversão na multa aplicada”*.

Nada obstante, cumpre epigrafar, também, outro trecho do brilhante voto que capitaneou a decisão recorrida:

“Saliente-se que, embora a meu ver, o lançamento revele-se improcedente, disso não infiro a inocorrência de infração à legislação tributária. Pelo contrário, sua prática é flagrante e, na medida em que envolve ajustes secretos e fraudulentos entre duas ou mais partes que, em conluio, agiram em prejuízo de terceiros, sua apuração merece o nosso ainda possível empenho, na medida em que:

a improcedência do lançamento ora analisado não implica a preclusão do direito de a Fazenda Pública constituir, em boa e correta forma, o crédito tributário correspondente, desde que o faça previamente ao decurso do prazo decadencial.”

No vinco do quanto exposto, voto no sentido de desprover o recurso *ex officio*.

Sala das Sessões, em 19 de setembro de 2006


CORINTHO OLIVEIRA MACHADO – Relator