



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

Processo nº 10711.006544/2005-35
Recurso nº 142.111 Voluntário
Acórdão nº 3101-00.296 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de novembro de 2009
Matéria MULTA DECORRENTE DE PENA DE PERDIMENTO
Recorrente VITROTEC VIDROS DE SEGURANÇA LTDA.
Recorrida DRJ-FLORIANÓPOLIS/SC

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 04/10/2002 a 10/11/2003

PRELIMINARMENTE. NULIDADE DO PROCESSO. INTIMAÇÃO IRREGULAR. AFRONTA AO ART. 23, I DO DECRETO 70.235/72. INOCORRÊNCIA. MATÉRIA PRECLUSA.

Em primeiro lugar, salienta-se a preclusão da matéria, por não ter sido levantada em sede de impugnação, momento oportuno para esta discussão.

Aplicável o artigo 17 do Decreto 70.235/72, que determina ser considerada *não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante*.

Inobstante esta situação, o tema acerca da forma correta de intimação merece maiores esclarecimentos, pois, a esta não é exclusiva, sendo permitida que a comunicação do contribuinte autuado se dê pela via postal, conforme determina o inciso II do Decreto 70.235/72, c/c o §3º deste mesmo artigo.

PRELIMINARMENTE. NULIDADE. AUDITOR FISCAL INCOMPETENTE PARA ASSINAR LANÇAMENTO. LEITURA ARTIGO 11, V DO DECRETO 70.235/72. IMPROCEDÊNCIA.

O artigo 11, V do Decreto nº 70.235/72 determina que a notificação do lançamento deve conter a assinatura do chefe do órgão expedidor ou de pessoa autorizada, o que não induz na impossibilidade de que o lançamento seja lavrado por auditor Fiscal.

O Auditor Fiscal é autorizado a lançar o crédito tributário por força do que dispõe o artigo 6º da Lei 10.523/02.

PRELIMINARMENTE. NULIDADE CÁLCULOS TRIBUTÁRIOS. REALIZÁVEIS APENAS POR PROFISSIONAL GRADUADO EM CONTABILIDADE. IMPROCEDÊNCIA.

Improcedente também a alegação de nulidade do auto de infração em razão do cálculo dos valores lançados ter sido realizado por auditor fiscal que não comprovou sua graduação em contabilidade.

Em primeiro lugar não se tratam de elevada complexidade o que, portanto, não exigem que o Auditor responsável seja graduado em contabilidade para sua execução.

Em segundo lugar, trata-se de tema já ultrapassado por este Conselho de Contribuintes, o entendimento, segundo o qual é desnecessária a graduação em contabilidade para que o auditor Fiscal proceda aos cálculos inerentes a sua função. Esta matéria é objeto da Súmula nº 8 do 1º CC.

ÔNUS DA PROVA. ART. 818 DA CLT E 6º, VIII DO CDC. INAPLICABILIDADE. O ACUSADO DEVE PROVAR OS FATOS DESCONSTITUTIVOS DO DIREITO DO AUTOR. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Por não se tratar de relação de trabalho ou de consumo, são inaplicáveis tanto a CLT quanto o CDC.

Não há que se falar em cerceamento de defesa, pois a Contribuinte teve mais de uma oportunidade para apresentar a documentação que lhe foi requerida, bem como de produzir demais provas que entendesse necessárias, mas não o fez, quedando-se inerte. É ônus do acusado a prova dos fatos desconstitutivos do direito do autor.

O Fisco, por sua vez, instruiu sua acusação com prova robusta, fazendo ligação entre as notas fiscais de saída e as DDE's com as declarações das empresas de transporte marítimo e administração portuária, informando não reconhecerem as cargas em questão.

NO MÉRITO. DDE'S E NOTAS FISCAIS FALSAS. EXPORTAÇÃO FICTÍCIA. CABÍVEL A PENA DE PERDIMENTO. POSSIBILIDADE DE SUA CONVERSÃO EM MULTA.

Diante das provas carreadas aos autos, é aplicável a multa de perdimento das mercadorias importadas em razão das notas fiscais e DDE's emitidas para lastrar exportação fictícia.

Uma vez não encontradas as mercadorias sob análise, aplica-se a conversão da pena em multa equivalente ao valor das mercadorias em tese exportadas.

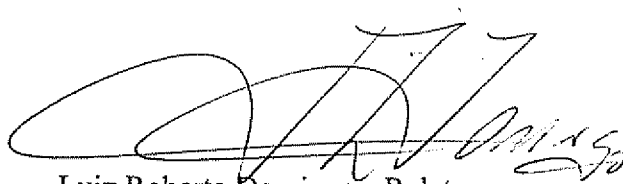
Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, e no mérito, rejeitar as preliminares.


Henrique Pinheiro Torres - Presidente


2



Luiz Roberto Domingo - Relator

EDITADO EM: 22/07/2010

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Henrique Pinheiro Torres, Tarásio Campelo Borges, Corinto Oliveira Machado, Luiz Roberto Domingo, Valdete Aparecida Marinheiro e Vanessa Albuquerque Valente.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário (fls.362/374) interposto contra a decisão de primeira instância proferida pela DRJ-Florianópolis/SC (fls.349/355) que, por unanimidade de votos considerou procedente o lançamento da pena de perdimento convertida em multa.

A base fática deste processo se fundamenta nas exportações, em tese fictícias, registradas no SISCOMEX, no período compreendido entre 04/10/2002 a 10/11/2003 (fls.02 e 03), conforme se observa na relação das DDE's e respectivas notas fiscais de saída, juntadas às fls. 54/201.

As mercadorias representadas pela documentação mencionada foram parametrizadas pelo SISCOMEX no canal verde para conferência aduaneira, o que as isentou, à época, da fiscalização documental e física.

Entretanto, em 14/06/2005, objetivando *verificar se os registros das exportações no sistema Siscomex são fidedignos, e se as mercadorias foram efetivamente exportadas* (fls. 14), emitiu-se o Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) nº 07.1.76.00-2005-00018-7, o que redundou na intimação da empresa VITROTEC VIDROS DE SEGURANÇA LTDA., em 07/07/2005 (fls. 217/219) para que apresentasse *os documentos relativos ao embarque das mercadorias* representadas pelas DDE's arroladas às fls. 217 e 218, concedendo-lhe o prazo de 10 dias para cumprimento deste mandado. Em resposta, a Vitrotec requereu, em 25/07/2005 (fls. 220), a dilação do prazo para apresentação dos documentos requisitados, alegando dificuldades para localizá-los, em razão de fiscalização prévia realizada pelo *poder público paulista*.

Em 24/10/2005, essa empresa exportadora foi novamente notificada (fls. 222/224), sendo agora, com o objetivo de que informasse, em 10 dias, a exata localização das mercadorias exportadas por meio das DDE's sob fiscalização. Em resposta, a Vitrotec, mais uma vez, requer a dilação do prazo (fls. 225), em razão da dificuldade de localização dos documentos correspondentes, dada a fiscalização previamente realizada pelo fisco paulista.

Foram intimadas, também, as administradoras portuárias constantes nas DDE's em questão: as empresas Multi-Rio Operações Portuárias S/A (fls. 227/229 e 240/241) e Libra Terminal Rio S/A (fls.244 e 245), para que informassem se ocorreu o efetivo embarque das mercadorias para o exterior. Em resposta, ambas as empresas informaram que não encontraram em seus sistemas qualquer registro de movimentação das cargas representadas



3

pelas DDE's relacionadas (conforme as respectivas respostas juntadas às fls. 230/232, 236/239 e 246/248).

Finalmente, os transportadores marítimos que aparecem nas DDE's também foram intimados para que respondessem se realmente ocorreram os embarques relativos às mercadorias representadas pelas Declarações de Exportação (fls. 249/320). Entretanto, nenhum deles, ao responder as intimações, reconheceu a ocorrência dos embarques.

Com estas informações, a Autoridade Fiscal concluiu tratar-se de exportação ficta e aplicou a pena de perdimento das mercadorias constantes das DDE's e respectivas notas fiscais, com base no artigo 618 do Decreto nº 4.543/02 – Regulamento Aduaneiro – e no artigo 23 do Decreto-Lei nº 1.455/76, convertida em multa, em razão da não localização destes bens, conforme dispõem os artigos 23, §3º do Decreto-Lei nº 1.455/76 e 59 e 73 da Lei 10.833/03.

Intimada deste lançamento em 03/01/2006, a autuada ofereceu sua impugnação em 01/02/2006, aduzindo:

i) preliminarmente a nulidade do auto de infração, pois teria sido lavrado por auditores fiscais, enquanto que o artigo 11, IV do Decreto 70.235/72 determina ser competente para tanto o Delegado da Receita Federal, havendo como consequência a nulidade do ato quando lavrado por autoridade incompetente, segundo o disposto pelo artigo 59, I do mesmo diploma legislativo;

ii) que os cálculos realizados nestes autos deveriam ter sido feitos por profissionais da contabilidade, devendo haver a comprovação de que os fiscais autuantes são habilitados para tanto, pois, do contrário, também é caso de nulidade do processo, além de ser flagrante a ocorrência de abuso de autoridade.

iii) no mérito, que é ônus do Fisco a prova dos fatos imputados contra a Recorrente, além de aduzir que, no caso em tela, observa-se a inexistência de prova robusta no sentido de se determinar a ocorrência da falsidade dos documentos e das exportações fictícias, não havendo bases, portanto, que justifiquem a aplicação da penalidade analisada

iv) haver cerceamento de defesa, em razão do não atendimento ao pedido de dilação de prazo para apresentação dos documentos requeridos, por meio das notificações de fls. 217/219 e 222/224, pois os mesmos estariam em poder da Fazenda Pública do Estado de São Paulo.

v) que é afrontado o princípio da legalidade, pois a multa aplicada em razão da conversão da pena de perdimento, no que concerne à exportação documentada pela DDE de 04/10/2002 (fls.85), não teria lugar em virtude da legislação sobre o tema ter entrado em vigor somente no ano de 2003, inexistindo, assim, previsão legal para esta penalidade.

Em primeira instância, a DRJ de Florianópolis/SC, entendeu pela procedência do lançamento e ementou:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de Apuração: 04/10/2002 a 10/11/2003

FALSIFICAÇÃO OU ADULTERAÇÃO DE DOCUMENTOS

É punível com a conversão de pena de perdimento em multa igual ao valor da mercadoria nos casos de falsificação ou adulteração dos documentos da operação de exportação.



Lançamento Procedente.

Este posicionamento teve a seguinte fundamentação:

i) não cabe a argumentação do contribuinte no sentido de que a instrução probatória dos fatos narrados teria sido fraca, pois, para fatos desconstitutos ou impeditivos do direito do autor, cabe ao réu o ônus da prova, atendendo à máxima *a produção da prova cabe a quem dela se aproveita* (fls. 351-verso) e, nestes termos, caberia à impugnante apresentar a comprovação da inexistência de fraudes às exportações investigadas;

ii) verifica-se a observância do princípio da livre apreciação das provas pelo julgador, não sendo necessárias produções probatórias exaustivas, posto que, fundamentadamente o juiz já tenha se convencido da realidade apontada pelas provas juntadas;

iii) a Lei nº 10.637/02 decorreu da conversão da Medida Provisória nº 66 de 29 de agosto de 2002, anterior portanto à DDE de 04/10/2002, não justificando-se a alegação de ausência de previsão legal para aplicação da multa;

iv) não procede a alegação acerca da dificuldade de apresentação dos documentos solicitados, pois, em primeiro lugar, toda análise de documentos de entes privados pelo poder público se dá por meio de cópias autenticadas dos originais e que eventual retenção não duraria o tempo de 4 meses, como se observa ter transcorrido nos autos desde a primeira notificação (fls. 217, de 07/07/2005) até a resposta dada à segunda (fls. 225, de 03/01/2005), não assistindo razão à impugnante portanto, quando alega que tais documentos estariam em poder da Fazenda Estadual Paulista.

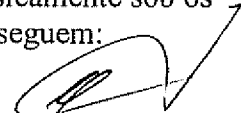
v) em todas as oportunidades que teve de se defender, a impugnante não apresentou documentação hábil a comprovar o que sustentou, descabendo por este motivo, também o alegado acerca do cerceamento de defesa. A impugnante teve pelo menos duas oportunidades de se defender até sua impugnação e nunca apresentou provas de suas alegações;

vi) o simples fato de a impugnada não ter comprovado a efetiva exportação já seria motivo para a procedência do presente auto de infração, porém, sua situação se agrava sobremaneira quando as empresas de transporte e de administração portuária relacionadas nas DDE's respectivas, declararam que as mercadorias em questão não foram registradas em seus sistemas.

vii) correta, portanto, a aplicação da pena de perdimento da mercadoria convertida em multa.

viii) finalmente, improcedem, também as alegações quanto à competência para assinatura do auto de infração e quanto à necessidade de profissional contabilista para realização dos cálculos relativos aos valores lançados, pois, em primeiro lugar tais alegações não encontram suporte legal e, em segundo lugar, não houve necessidade de conhecimento contábil para realização dos cálculos.

Inconformada com esta decisão, da qual foi intimada em 21/02/2008, interpõe seu Recurso Voluntário em 19/03/2008, expondo seus argumentos basicamente sob os mesmos fundamentos da impugnação, apenas acrescentando os novos pontos que seguem:



i) a inexistência de intimação pessoal da autuada, por meio de seu representante legal, o que tornaria nulo todo auto de infração;

ii) as informações prestadas pelos transportadores e administradores portuários, por estarem alheios ao procedimento fiscal, não podem lastrear prova contra o contribuinte;

iii) utilizando-se de nova fundamentação legal (com base nos dispositivos da CLT – Consolidação das Leis do Trabalho – artigo 818 – fls. 371 – e do Código de Defesa do Consumidor – art 6º, VIII), aduz, mais uma vez, que o ônus da prova seria do Fisco;

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luiz Roberto Domingo, Relator

Conheço do recurso por tempestivo e atender aos demais requisitos de admissibilidade.

Em sede de preliminares, a Recorrente aduz a nulidade do processo administrativo, baseando-se em três fundamentos:

i) irregularidade em sua intimação, pois a forma prescrita pelo Decreto nº 70.235/72, em seu artigo 23, I é a pessoal;

ii) incompetência do Auditor Fiscal para lavratura do lançamento, pois esta seria função privativa do Delegado da Receita Federal, por força do inciso V do artigo 11 do mesmo decreto acima; e, finalmente

iii) que os cálculos que embasam o lançamento deveriam ter sido feitos por profissional da área de contabilidade.

Em que pese toda argumentação da Recorrente, na tentativa de demonstrar os fundamentos da nulidade do processo, tal entendimento não merece prosperar, senão vejamos:

Quanto à alegação de que a intimação deveria ter sido realizada pela via pessoal, dois pontos importantíssimos se levantam.

O primeiro é que esta questão se encontra preclusa na presente fase processual, pois não foi aduzida na primeira oportunidade em que a contribuinte teve para se manifestar nos autos, ou seja, em sua Impugnação, conforme dispõe o artigo 17 do Decreto nº 70.235/72:

Art. 17 Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.

Neste sentido, a doutrina tem firmado seu posicionamento:

[...] quando o contribuinte deixa de impugnar uma matéria à época certa, diz-se que ocorreu a preclusão. A exemplo do que

dispõe o artigo 302 do CPC, "presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados" ¹.

Entretanto, esta questão, merece uma análise mais aprofundada.

Da leitura do referido artigo 23 e de seus respectivos incisos, percebe-se que a intimação pessoal não é imprescindível para a validade do processo administrativo, sendo apenas uma das formas previstas neste dispositivo, que ainda abrange a possibilidade de a intimação se dar por via postal ou telegráfica ou, ainda por meio eletrônico:

Art. 23. Far-se-á a intimação:

I - pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar

II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo

III - por meio eletrônico, com prova de recebimento

A intimação, assim, é ato que se presta a informar o contribuinte acerca das acusações que lhe são imputadas, não merecendo maiores formalidades caso sua finalidade precípua seja cumprida. O que se busca é garantir ao contribuinte o respeito a seu direito à ampla defesa via o conhecimento do ato administrativo de lançamento e seus fundamentos de fato e de direito.

Marcus Vinicius Neder leciona que:

É comum o julgador atentar para a plausibilidade de o contribuinte ter oferecido sua defesa, em que pesem todos os problemas alegados no recebimento da intimação [...] o interesse público exige que o agente procure aproveitar ao máximo, os atos processuais em que não estiver evidenciado prejuízo ao defensor ².

No caso em tela, nota-se a ausência de qualquer prejuízo à Recorrente, pois, sua intimação se deu por via postal (fls. 323), sendo esta uma das espécies previstas pelos incisos do artigo 23 do Decreto nº 70.235/72, o que possibilitou a produção de sua defesa, já com o protocolo – tempestivo – de sua Impugnação (fls.326/336)

Outro aspecto que ainda merece destaque se baseia no fato de que o legislador foi contundente ao dispor no § 3º deste mesmo artigo 23 que:

¹ NEDER, Marcus Vinicius e LÓPEZ, Maria Teresa Martínez. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL FEDERAL COMENTADO. Dialética: São Paulo, 2002, p. 209.

² NEDER, Marcus Vinicius e LÓPEZ, Maria Teresa Martínez. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL FEDERAL COMENTADO. Dialética: São Paulo, 2002, p. 239.

§ 3º Os meios de intimação previstos nos incisos do caput deste artigo não estão sujeitos a ordem de preferência

Quanto a este primeiro ponto, resta afastada a nulidade processual, pois, além da matéria já estar preclusa, a intimação por via postal é forma prevista como concorrente à intimação pessoal, não redundando em nenhuma espécie de prejuízo ao direito à ampla defesa da Recorrente.

Quanto à alegação de nulidade processual, em decorrência do fato de que os auditores fiscais responsáveis pela lavratura o auto de infração em tela não terem habilitação para realizar cálculos de natureza fiscal, por ser esta uma função privativa de profissionais da contabilidade, é questão já pacificada no âmbito do contencioso administrativo pela Súmula nº 8 do 1º CC (publicada no D.O.U em 26/06/06) e Súmula nº 5 do 2º CC:

"O Auditor Fiscal da Receita Federal é competente para proceder ao exame da escrita fiscal de pessoa jurídica, não lhe sendo exigida a habilitação profissional de contador".

Além disso, é interessante observar que o tema também já foi pacificado pelo STJ, no sentido de que, para ingresso na carreira de Auditoria Fiscal não é exigido do Servidor Público sua formação em contabilidade, o que lhe permite proceder ao exame das informações contábeis dos contribuintes, além de realizar os cálculos necessários à autuação:

EMENTA ADMINISTRATIVO CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE FISCAL DE TRIBUTOS ESTADUAIS. REGISTRO.

1. A carreira de Fiscal de Tributos Estaduais da Secretaria da Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul não é privativa de profissionais com formação em contabilidade, pois a Administração Pública exige apenas que o candidato ao cargo possua curso superior completo e seja aprovado no concurso público, sem, contudo, demandar a especialidade de contador. 2. Não se tratando de cargo privativo de contador, não é necessário quer para o ingresso, quer para o desempenho das funções ao cargo a inscrição no Conselho Regional de Contabilidade. 3. Recurso especial não provido³. (grifamos e destacamos)

EMENTA RECURSO ESPECIAL CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE AUDITOR FISCAL DA RECEITA FEDERAL CARGO QUE EXIGE DIPLOMA DE CURSO SUPERIOR, MAS NÃO DEMANDA A ESPECIALIZAÇÃO EM CONTABILIDADE. NÃO-OBRIGATORIEDADE DE INSCRIÇÃO NO REFERIDO CONSELHO.

O cargo de auditor fiscal exige apenas diploma de curso superior concluído em nível de graduação, sem determinar obrigatoriedade de diplomação no curso de contabilidade (a esse respeito, confira-se o Edital ESAF n. 34, de 29 de setembro

³ RECURSO ESPECIAL Nº 926.372 - RS (2007/0033207-8) RELATOR : MINISTRO CASTRO MEIRA RECORRENTE : CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO RIO GRANDE DO SUL - CRC/RS ADVOGADO : YURI ALEXEI MARCA RECORRIDO : LUIZ ALBERTO STEFANI ADVOGADO : LUIZ ALFREDO SCHUITZ - DEFENSOR PÚBLICO



de 2003, Concurso Público para Auditor Fiscal da Receita Federal). Nessa linha de raciocínio, vide o REsp 708.680/RS, da relatoria deste Magistrado, j. em 22.02.2005 (cf. Informativo de Jurisprudência STJ n. 236, de 21 a 25 de fevereiro de 2005). Dessa forma, deve ser mantido o entendimento firmado pela Corte de origem, segundo o qual, "exercendo o cargo em epígrafe, o apelado não está, propriamente, desempenhando funções privativas de bacharel em ciências contábeis ou de técnico em contabilidade, cujo desempenho exija controle profissional de parte do apelante" (fl. 143). Recurso especial improvido.⁴ (grifamos e destacamos)

Com base nisso, por mais este fundamento, entendo não ser o caso de nulidade deste processo administrativo, posto ser prescindível a formação acadêmica em contabilidade para realização dos cálculos necessários à presente autuação.

Finalmente, a Recorrente ainda alega que, por força do inciso IV do artigo 11 do Decreto nº 70.235/72, os auditores fiscais não estariam habilitados para a lavratura de autos de infração, pois, esta função seria exclusiva do chefe do respectivo órgão expedidor. E, assim, por estarem os auditores fiscais subordinados, respectivamente, ao delegado da Receita Federal, ao Chefe da Equipe de Fiscalização e ao Chefe de Fiscalização, o presente lançamento teria sido efetuado por pessoa incompetente, o que ensejaria sua nulidade.

Entende que a nulidade seria evitada apenas se o Delegado da Receita Federal tivesse expressamente autorizado os Auditores Fiscais em tela, para que lavrassem o auto de infração, o que não ocorreu.

Entretanto, este entendimento não merece prosperar, pois tem por base interpretação temerária da referida disposição normativa:

Art. 11. A notificação de lançamento será expedida pelo órgão que administra o tributo e conterà obrigatoriamente:

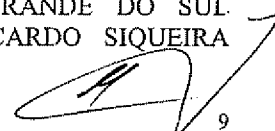
[...]

IV - a assinatura do chefe do órgão expedidor ou de outro servidor autorizado e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula (grifamos e destacamos)

Quando o legislador disse servidor autorizado, não fez expressa referência à natureza desta autorização, de modo que não podemos restringir o sentido do texto normativo à autorização conferida apenas pelos servidores hierarquicamente superiores ao auditor fiscal.

Esta autorização pode ser dar por meio de Lei, como realmente acontece, tendo sido feliz a DRJ, em seu julgamento, ao apresentar o disposto pelo artigo 6º da Lei

⁴ RECURSO ESPECIAL Nº 653.744 - RS (2004/0077390-5) RELATOR : MINISTRO FRANCIULLI NETTO
RECORRENTE : CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : ENEIDA HEINRICH E OUTROS RECORRIDO : PAULO RICARDO SIQUEIRA
ADVOGADO : CARLOS DE SOUZA GOMES E OUTROS



10.593/02, publicada em 06/12/2002, vigente portanto à época de lavratura do lançamento em tela, datado de 02/12/2005 (fls. 01)

Art. 6º São atribuições dos ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal, no exercício da competência da Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda, relativamente aos tributos e às contribuições por ela administrados:

I - em caráter privativo:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2004-2006/2005/Mpv/258.htm - art39

a) constituir, mediante lançamento, o crédito tributário,

Da mesma forma, a pena de perdimento e sua respectiva conversão em multa pecuniária não é privativa da autoridade Delegado da Receita Federal, podendo ser exercida pelos agentes fiscais que cumprem a ordem consignada no Mandado de Procedimento Fiscal (ou determinação equivalente), no âmbito de suas atribuições.

Diante do exposto, portanto, afasto as preliminares do mérito, por entender que não é o caso de nulidade do presente processo administrativo, já que as matérias aduzidas pela Recorrente, neste sentido, não merecem prosperar.

Feitas estas considerações, passo a analisar o mérito da discussão.

A recorrente, em sua defesa, aduz que as provas que instruem a acusação fiscal não são robustas o suficiente para determinar a aplicação da pena de perdimento, baseando-se, portanto o fisco, apenas em meros indícios de falsidade documental, além de aduzir cerceamento de defesa, pois não lhe teria sido conferida dilação de prazo para apresentação dos documentos em poder do fisco paulista.

Alega também que o ônus da prova recai sobre o fisco, em sua tarefa acusatória, invocando, para tanto, a regra do artigo 333 do Código de Processo Civil, que dispõe caber ao autor a produção das provas quanto aos fatos constitutivos de seu direito, além de fundamentar este entendimento também com base no artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho e no artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor.

Aduz, ainda, ser vítima de cerceamento de defesa, pois requereu a dilação do prazo para apresentar os documentos exigidos pelo fisco por meio das intimações de fls. 217/219 e 222/224, justificando tal requerimento no fato de que os documentos estariam sob poder do fisco paulista, que os teria utilizado em fiscalização prévia.

Como se nota, o ponto litigioso do caso é a determinação ou não da falsidade dos documentos, o que se resolve por meio de uma análise crítica das provas produzidas nestes autos, verificando se as mesmas são suficientes e eficazes para embasar a pretensão fiscal.

Primeiramente, insta ressaltar a inaplicabilidade da CLT e do Código de Defesa do Consumidor neste caso, pois, a discussão não adentra a seara das relações de trabalho, bem como não trata de relação de consumo, o que se conclui por força destes mesmos corpos normativos:

A CLT, em seu artigo 1º é expressa ao determinar sua função exclusiva de regular as relações individuais e coletivas de trabalho, nela previstas e o CDC é também contudente em seu artigo 1º que visa estabelecer as normas de proteção e defesa do

consumidor, definindo este em seu artigo 2º, como todo destinatário final de mercadoria ou serviço.

Diante disso, por não estarmos diante de relação de consumo ou de trabalho, afasto a aplicabilidade tanto do CDC quanto da CLT.

Entretanto, resta ainda a discussão acerca da distribuição do ônus da prova, oportunidade em que devemos nos atentar para o fato de que ela incumbe não só à autoridade fiscal, mas também ao contribuinte.

Marcus Vinicius Neder leciona que

A obrigação de provar será tanto do agente fiscal conforme disposto na parte final do caput do artigo 9º do PAF, como do contribuinte que contesta o auto de infração, conforme se verifica pela redação dada ao artigo 16 do PAF⁵.

Ora, o ônus de realizar a prova será sempre daquele a quem interessar, de modo que o disposto pela artigo 333 do CPC muito bem ilustra a questão, pois determina que incumbe ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito e ao réu a prova dos fatos modificativos, impeditivos e extintivos do direito do autor.

No caso em tela, observamos que a autoridade fiscal lastreou seu posicionamento em provas robustas, fazendo uma ligação entre o conteúdo das DDE's e das notas fiscais de saída das mercadorias, com as informações prestadas pelos administradores portuários e transportadores marítimos que teriam tido contato com as mercadorias constantes nas DDE's.

Foi com base nesta documentação toda, que o fisco formou seu entedimento acerca da falsidade das DDE's e notas fiscais acima.

E, diante disso, lavrou o presente auto de infração, lançando os créditos relativos à penalidade imposta.

Insta ressaltar que a empresa Vitrotec foi intimada por duas vezes (fls. 217/219 em 07/07/05 e fls. 222/224 em 14/10/05) para que apresentasse a documentação de que relativa às exportações investigadas, bem como para que indicasse a destinação destes mesmos bens.

Ocorre que, em ambas as oportunidades, a empresa respondeu (fls. 219 e 225) requerendo dilação de prazo para apresentação dos documentos requeridos, pois eles teriam sido objeto de investigação prévia, realizada pelo fisco paulista.

Como se vê, à Recorrente foi dada a oportunidade de apresentar contra-prova e não o fez. Salientamos que entre a primeira intimação que lhe foi dirigida e a resposta dada à

⁵ NEDER, Marcus Vinivius e LÓPEZ, Maria Teresa Martínez. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL FEDERAL COMENTADO. Dialética: São Paulo, 2002, p.207.

segunda intimação, transcorreu um período de 4 meses, sem que os documentos fossem efetivamente apresentados.

A situação fica ainda mais grave, quando, a recorrente apresenta sua Impugnação (fls.326/336, protocolizada em 01/02/2006). Nesta oportunidade aduz cerceamento de defesa, por não haver manifestação do Fisco quanto a seus pedidos de dilação de prazo. Entretanto, por sua vez, em mais esta chance de manifestação nos autos, não faz qualquer prova de que as informações coletadas pelo fisco estariam incorretas.

Em suma, a Recorrente teve um prazo de mais de 7 meses, contados de sua primeira intimação em 0707/05, para requerer junto à autoridade fiscal paulista os documentos que seriam objeto de sua defesa, e mesmo assim, manteve-se inerte. Nem mesmo na oportunidade de interposição do Recurso Voluntário produziu a devida comprovação de suas alegações.

Conclui-se, portanto, que o ônus da prova na atividade desconstitutiva do direito do fisco sempre coube à Recorrente que, em momento algum, trouxe aos autos qualquer documento que fosse suficiente para descaracterizar a pretensão fiscal, apesar de lhe ter sido dado mais de uma oportunidade para isso.

Não lhe assistindo razão, portanto, a sua alegação de cerceamento de defesa, pois se não apresentou contra-prova à pretensão fiscal foi porque manteve-se inerte e não porque lhe foi obstado esse direito.

Já o Fisco cumpriu seu encargo e produziu as provas suficientes para embasar a acusação.

Quanto ao objeto central desta autuação, podemos observar que se trata do lançamento do crédito relativo à conversão em multa da pena de perdimento das mercadorias exportadas, tendo como fundamentação jurídica o disposto termos do disposto pelos artigos 618, VI do Decreto nº 4.523/02 – Regulamento Aduaneiro então vigente – c/c o artigo 23, V e respectivos §§ 1º e 3º do Decreto-Lei nº 1.455/76:

Art. 618. Aplica-se a pena de perdimento da mercadoria nas seguintes hipóteses, por configurarem dano ao Erário:

[...]

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 1.455/76 – Art 23 Consideram-se dano ao Erário as infrações relativas às mercadorias (redação dada pelo artigo 59 da Lei nº 10.637/02):

[...]

V - estrangeiras ou nacionais, na importação ou na exportação, na hipótese de ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou de responsável pela operação, mediante fraude ou simulação, inclusive a interposição fraudulenta de terceiros

[] 



§ 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

Sendo, por outro lado, seu fundamento fático a constatação fiscal de que os documentos sobre os quais se embasam as exportações são falsos.

Das provas feitas pelo fisco, todas merecem crédito, pois, as DDE's e notas fiscais presentes nos autos foram juntadas durante procedimento administrativo de fiscalização, tendo sido produzidos pela própria Recorrente como condição à realização das exportações.

Quanto às informações prestadas pelos administradores portuários e transportadores marítimos, ressalta-se que não assiste razão à Recorrente as alegações de que se tratam de pessoas alheias ao procedimento de fiscalização e que, assim, estas informações não poderiam lastrear a acusação fiscal.

Ora, não existe qualquer fundamento legal que embase esta alegação da Recorrente, de modo que é perfeitamente possível a utilização das informações prestadas por aquelas empresas, na formação da prova indiciária feita pela fiscalização, haja vista que colheu as informações de pessoas que, por estarem distantes do litígio, a princípio, são imparciais em seu testemunho, merecendo credibilidade as informações que prestarem.

Assim, do conjunto probatório constante nos autos, apreende-se que, inobstante as DDE's e notas fiscais relacionadas informarem a ocorrência da exportação das mercadorias, não se pode comprovar que as exportações realmente se deram, pois, no confronto com as informações prestadas pelos administradores portuários, percebe-se que as referidas mercadorias sequer foram encontradas em seus registros internos (fls. 231/243 e 246/248)

O mesmo ocorre quando são intimados os transportadores marítimos indicados pelas DDE's analisadas. Eles informam que as mercadorias e os contêineres indicados nas intimações não foram registrados em seus sistemas, e que isto pode levar à conclusão de possível ocorrência de fraude (fls 249/ 319)

Assim, de acordo com as provas carreadas aos autos, não restaram comprovadas as exportações feitas nos termos das DDE's e notas fiscais referidas, fato este que nos conduz à conclusão de que se tratam de documentos falsos, sendo cabível portanto a pena de perdimento aplicada pelo fisco. Porém, em razão da impossibilidade de localização das mercadorias em tese exportadas, entendo perfeitamente cabível a conversão da pena de perdimento em multa, nos exatos termos do §3º do artigo 23 do Decreto-Lei nº 1.455/76.

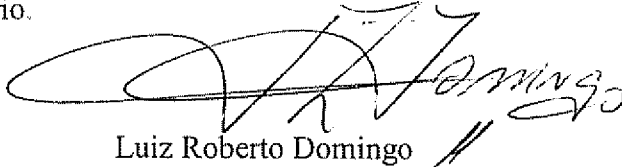
Finalmente, cumpre-nos ainda apreciar a alegação da Recorrente no sentido de que a conversão da pena de perdimento em multa apenas adentrou em nosso ordenamento



jurídico a partir da Lei nº 10.637 de 30/12/02 e que, assim, estaria desrespeitado o princípio da legalidade quanto ao crédito referente à DDE de 04/10/02.

Não assiste Razão a Recorrente. Conforme bem explicitado pela DRJ, a previsão da conversão da pena de perdimento em multa foi introduzida em nosso ordenamento jurídico por meio da Medida Provisória nº 66 de 29 de agosto de 2002, de modo que, à época em que foi registrada a referida exportação, já havia previsão legal para a cobrança da multa nos termos em que se deu nestes autos.

Diante de todo o exposto, portanto, **NEGO PROVIMENTO** ao Recurso Voluntário.



Luiz Roberto Domingo