



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

Processo nº 10715.002198/2010-43
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3102-001.905 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de junho de 2013
Matéria Multa Regulamentar - Aduana
Recorrente TAM LINHAS AÉREAS S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 04/10/2006, 08/10/2006, 11/10/2006, 14/10/2006, 15/10/2006, 18/10/2006, 22/10/2006, 23/10/2006, 29/10/2006, 31/10/2006

AUTO DE INFRAÇÃO. INSTRUÇÃO PROCESSUAL. COMPROVAÇÃO. AUSÊNCIA.

A formalização da exigência fiscal em auto de infração ou notificação de lançamento deverá ser instruída com todos os elementos que comprovam a ocorrência dos fatos apurados pela Fiscalização Federal, conforme dispõe o artigo 9º do Decreto 70.235/72 e alterações posteriores, sob pena de ser considerada improcedente.

Recurso Voluntário Provido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

(assinatura digital)

Luis Marcelo Guerra de Castro – Presidente

(assinatura digital)

Ricardo Paulo Rosa - Relator

EDITADO EM: 05/07/2013

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Luis Marcelo Guerra de Castro, Nanci Gama, Ricardo Paulo Rosa, Helder Massaaki Kanamaru, José Fernandes do Nascimento e Andréa Medrado Darzé.

Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto o Relatório que embasou a decisão de primeira instância, que passo a transcrever.

O presente processo trata da exigência do valor de R\$ 55.000,00 consubstanciada no auto de infração juntado às fls. 01 a 09, referente à multa regulamentar prevista no artigo 107, inciso IV, alínea “e”, do Decreto-lei 37/66, com a redação dada pelo artigo 77 da Lei 10.833/03 e nas Instruções Normativas 28 e 510, expedidas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil em 1994 e 2005, respectivamente.

De acordo com a descrição dos fatos e enquadramento legal, a autuada não registrou no prazo regulamentar os dados de embarque referentes aos transportes internacionais realizados em outubro de 2006 iniciados nas dependências do Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro - ALF/GIG, concernentes às cargas amparadas nas declarações de exportação - DDE listadas no demonstrativo “AUTO DE INFRAÇÃO nº 0717700/000167/10”, descumprindo, por conseguinte, com a obrigação acessória estatuída no artigo 37 da IN/SRF 28/94, alterado pelo artigo 1º da IN/SRF 510/05, uma vez que de acordo com o inciso II do artigo 39 da mencionada IN/SRF 28/94, considera-se intempestivo o registro dos dados de embarque nos despachos de exportação efetuados pelo transportador em prazo superior a dois dias.

Não se conformando com a exigência, na qual foi regularmente intimada (fls. 11/12), a autuada apresenta, às fls. 14 a 22, impugnação para aduzir que na autuação em tela “*não houve subsunção do evento ocorrido (registro “intempestivo” dos dados de embarque) com a hipótese normativa prevista no art. 107, IV da Lei 10.833/03 (deixar de prestar informação sobre veículo ou carga nele transportada). (...), como demanda o princípio da tipicidade cerrada, que deve nortear todas e qualquer imposição tributária*”, não obstante confirmar que “*registrou de forma tardia os dados de embarque das mercadorias relacionadas no bojo desde auto de infração, o que, obviamente, não se confunde com a falta de prestação de informações*”, não podendo, nesse sentido, subsistir a presente ação fiscal.

Noutra vertente, sustenta “*que a própria instrução normativa nº 28/94 estabelece a aplicação de penalidade distinta daquela fixada pelo agente fazendário, nos casos de descumprimento do disposto no citado artigo 37*”, conforme se observa do teor do artigo 44 da referenciada norma regulamentar; portanto, é inaplicável ao caso sob apreço a multa prevista no art. 107, IV, alínea “e”, da Lei 10.833/03.

Prosseguindo em suas argumentações, aduz ainda “*ausência de simetria entre a infração cometida e a penalidade imposta*”, em contraposição aos “*princípios constitucionais que orientam o ordenamento jurídico como um todo, além daqueles destinados ao âmbito do direito tributário*”, dentre eles, o da proporcionalidade e/ou razoabilidade, “*o qual preceitua que o instrumento deve ser adequado ao fim pretendido, deve guardar referibilidade com falta cometida*”; logo, a “*exigência feita pelas autoridades aduaneiras para que os dados de embarque sejam registrados no exato momento da saída da aeronave para o exterior mostra-se exacerbada, pois, em razão do exercício da atividade própria desenvolvida pela empresa autuada, é humanamente impossível realizar de imediato a inserção de todos os dados de embarque relacionados a cada um dos vôos internacionais operados pela Impugnante*”, o que, por si só, revela o “*excesso de punição*,”

inconstitucionalmente vedado, por não ser razoável à infração cometida”, ainda mais “que (...), não causou qualquer prejuízo ao Fisco”.

Por conseguinte, “a penalidade pecuniária prevista na Lei 10.833/03 deveria ser relevada de plano, nos termos do citado artigo 736, §1º do atual Regulamento Aduaneiro, ou, excepcionalmente, ser aplicada uma única vez e não sobre cada um dos vôos em que foi constatado o registro tardio de informações relacionadas a mercadorias destinadas ao exterior”.

Pelo exposto, requer a insubsistência do auto de infração, a fim de que seja declarada integralmente cancelada a penalidade imposta, ou, subsidiariamente, seja determinada a retificação do lançamento, a fim de que a penalidade pecuniária aplicada incida sobre um único evento infracional.

Assim a Delegacia da Receita Federal de Julgamento sintetizou, na ementa correspondente, a decisão proferida.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 04/10/2006, 08/10/2006, 11/10/2006, 14/10/2006, 15/10/2006, 18/10/2006, 22/10/2006, 23/10/2006, 29/10/2006, 31/10/2006

PENALIDADE. RETROATIVIDADE BENIGNA DA LEI TRIBUTÁRIA.

A lei tributária, em sentido amplo, que comina penalidade aplica-se a ato ou fato pretérito não definitivamente julgado quando for mais benéfica ao sujeito passivo.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 04/10/2006, 08/10/2006, 11/10/2006, 14/10/2006, 15/10/2006, 18/10/2006, 22/10/2006, 23/10/2006, 29/10/2006, 31/10/2006

ARGÜIÇÃO DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS PARA APRECIÇÃO.

Não compete às autoridades administrativas proceder à análise da constitucionalidade ou legalidade das normas tributárias que regem a matéria sob apreço, posto que essa atividade é de competência exclusiva do Poder Judiciário; logo resta incabível afastar sua aplicação, sob pena de responsabilidade funcional.

PRESTAÇÃO EXTEMPORÂNEA DOS DADOS DE EMBARQUE.

A partir da vigência da Medida Provisória 135/03, a prestação extemporânea da informação dos dados de embarque por parte do transportador ou de seu agente é infração tipificada no artigo 107, inciso IV, alínea “e” do Decreto-Lei 37/66, com a nova redação dada pelo artigo 61 da MP citada, que foi posteriormente convertida na Lei 10.833/03.

RELEVAÇÃO DE PENALIDADE. INCOMPETÊNCIA PARA EXAME.

A relevação de penalidade somente poderá ser exercida dentro dos limites e condições estabelecidos em lei, e pela autoridade para tanto competente.

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Data do fato gerador: 04/10/2006, 08/10/2006, 11/10/2006, 14/10/2006, 15/10/2006, 18/10/2006, 22/10/2006, 23/10/2006, 29/10/2006, 31/10/2006

DADOS DE EMBARQUE. INFORMAÇÃO INTEMPESTIVA. PENALIDADE APLICADA POR VIAGEM EM VEÍCULO TRANSPORTADOR.

A penalidade que comina a prestação intempestiva de informação referente aos dados de embarque de mercadorias destinadas à exportação é aplicada por viagem do veículo transportador.

INFRAÇÃO CONTINUADA. EMBARQUES DIFERENTES. MERA REITERAÇÃO DA CONDUTA INFRACIONAL.

É incabível falar em infração continuada quando os atos caracterizadores da infração não resultam do aproveitamento das condições objetivas que balizaram a prática das infrações anteriores.

Insatisfeita com a decisão de primeira instância, a empresa apresenta Recurso Voluntário a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ricardo Paulo Rosa.

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, tomo conhecimento do Recurso.

Sem mesmo adentrar às inúmeras questões de mérito apresentadas pela defesa, cumpre destacar que, examinando a instrução processual até a folha 14, onde encontra-se a primeira folha da impugnação ao lançamento, percebe-se que a autoridade fiscal deixou de anexar ao Auto de Infração qualquer documento que demonstre a efetiva ocorrência do atraso na prestação de informações à Secretaria da Receita Federal do Brasil.

É provável que a constatação de que as informações foram prestadas pela contribuinte fora do prazo tenha sido respaldada em dados obtidos em sistemas informatizados acessados pela fiscalização; contudo, como é fácil constatar, não foram incluídos no processo as cópias das telas correspondentes. Quanto a isso, importante destacar que as planilhas elaboradas pela Fiscalização não substituem o extrato das telas obtidas dos sistemas, pelo menos não quando está-se falando em comprovação da ocorrência das irregularidades apontadas no Auto de Infração.

Não se desconhece que a comprovação do fato é ônus de quem alega. A Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código do Processo Civil, fixa assim a responsabilidade.

Art. 333. 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.

No entanto, a relação jurídica entre sujeito passivo e o Estado não se molda tão bem a essa máxima. No campo do direito tributário, é do próprio administrado o dever

registrar e guardar os documentos e demais efeitos que testemunham a ocorrência dos eventos que se pretende provar. A guarda não constitui obrigação do Erário. Não integra a natureza das relações fisco-contribuinte. Nem mesmo se pode falar em constituição formal do fato constitutivo do direito. A comprovação do fato jurídico tributário depende, em regra geral, de que o administrado apresente os documentos que a legislação fiscal o obriga a produzir e manter sob guarda, ou declare sua ocorrência em declaração prestada à autoridade pública.

Uma vez que essa particularidade seja compreendida, há que se sublinhar que nada dispensa a Administração de laborar em busca das provas de que o fato ocorreu e de instruir o processo administrativo fiscal com elas.

No presente caso, como relatado antes, as peças processuais identificadas entre o Auto de Infração e a impugnação não incluem nenhum tipo de documento capaz de fazer prova da acusação. Encontram-se apenas documentos produzidos pela própria Fiscalização, como faz exemplo o quadro demonstrativo informando o número da declaração de despacho de exportação, dia de embarque, dia em que a informação foi prestada e número do voo.

E não se fala aqui em preterição do direito de defesa do contribuinte. Conforme já tive oportunidade de defender em outros litígios, considero que a preterição não ocorre em tese, requer evidências concretas de que o administrado não teve como extrair dos autos as informações necessárias. No caso vertente, a recorrente não demonstrou nenhuma dificuldade em entender do que estava sendo acusada, tampouco a ausência das informações lhe subtraíram as melhores condições de defesa. Com efeito, não é essa a razão para que a acusação contida no Auto de Infração não possa prosperar, e sim porque não existem provas de sua ocorrência, em afronta ao prescrito no artigo 9º do Decreto 70.235/72.

Art. 9º A exigência de crédito tributário, a retificação de prejuízo fiscal e a aplicação de penalidade isolada serão formalizadas em autos de infração ou notificação de lançamento, distintos para cada imposto, contribuição ou penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito.

(...)

Também não se cogita da proposição de uma diligência. Admiti-se tal providência somente se a instrução processual complementar decorre de uma falta identificada segundo critério de avaliação pessoal do julgador, jamais quando, numa avaliação estritamente objetiva, apura-se a omissão já no momento da formalização do auto de infração. Com toda a certeza, não se discute aqui a suficiência das provas apresentadas, mas a ausência de elemento essencial ao acolhimento da acusação.

Nem mesmo se trata de decretação de nulidade por vício formal. Observe-se o que dispõe o Ato Declaratório Normativo nº 02/99, artigo 5º, a esse respeito.

Art. 5º Em conformidade com o disposto no art. 142 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional - CTN) o auto de infração lavrado de acordo com o artigo anterior conterá, obrigatoriamente:

- I - a identificação do sujeito passivo;
- II - a matéria tributável, assim entendida a descrição dos fatos e a base de cálculo;
- III - a norma legal infringida;
- IV - o montante do tributo ou contribuição;

- V - a penalidade aplicável;
- VI - o nome, o cargo, o número de matrícula e a assinatura do AFTN autuante;
- VII - o local, a data e a hora da lavratura;
- VIII - a intimação para o sujeito passivo pagar ou impugnar a exigência no prazo de trinta dias contado a partir da data da ciência do lançamento.

Em tais circunstâncias, deixo de examinar as demais questões suscitadas nos autos para VOTAR PELO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado, em vista da ausência de provas da ocorrência dos fatos informados no Auto de Infração *sub judice*.

Sala de Sessões, 26 de junho de 2013.

(assinatura digital)

Ricardo Paulo Rosa - Relator