



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

Processo nº 10715.005568/2009-61
Recurso nº Embargos
Acórdão nº 3102-002.304 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de outubro de 2014
Matéria Embargos de Declaração
Embargante LUFTHANSA CARGO AG
Interessado LUFTHANSA CARGO AG

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 13/11/2004, 14/11/2004, 15/11/2004, 16/11/2004, 17/11/2004, 26/11/2004, 26/12/2004, 01/12/2004

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. CONTRADIÇÃO. OBSCURIDADE. INOCORRÊNCIA.

Devem ser rejeitados os Embargos de Declaração quando não demonstrado omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado.

Embargos Rejeitados

Acórdão Ratificado

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar os Embargos de Declaração.

(assinatura digital)

Ricardo Paulo Rosa – Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Ricardo Paulo Rosa, Nanci Gama, José Fernandes do Nascimento, Andréa Medrado Darzé, José Paulo Puiatti e Mirian de Fátima Lavocat de Queiroz.

Relatório

Trata-se de Embargos de Declaração manejados pelo contribuinte em desfavor do Acórdão 3102-001.398, de 16 de fevereiro de 2012, que recebeu a seguinte ementa.

Assunto: Obrigações Acessórias

Data do Fato Gerador: 13/11/2004, 014/11/2004, 15/11/2004, 16/11/2004, 17/11/2004, 26/11/2004, 26/12/2004, 01/12/2004

INFORMAÇÃO PRESTADA SOBRE VEÍCULO OU CARGA TRANSPORTADA. DESCUMPRIMENTO DO PRAZO DE REGISTRO. APLICABILIDADE DA MULTA PREVISTA NO ART. 107, INCISO IV, ALÍNEA "E" DO DECRETO-LEI 37/66.

O descumprimento do prazo previsto para informação do veículo e carga transportados configura a aplicação da penalidade prevista no art. 107, inciso IV, alínea "e", do Decreto-Lei 37/66.

INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS TRIBUTÁRIAS. INCOMPETÊNCIA. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 2 DO CARF.

Este Colegiado é incompetente para apreciar questões que versem sobre constitucionalidade das leis tributárias.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. EXIGÊNCIA DE PROVA.

Não pode ser aceito para julgamento a simples alegação sem a demonstração da existência ou da veracidade daquilo alegado.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO.

A obstrução à defesa, motivadora de nulidade do ato administrativo de referência, deve apresentar-se comprovada no processo.

O Relatório que fundamentou o Acórdão pelo presente embargado teve o seguinte teor.

O presente processo trata da exigência do valor de R\$ 40.000,00 consubstanciada no auto de infração de fls. 01 a 11, referente à multa regulamentar pela não prestação de informação sobre veículo ou carga transportada, ou sobre operações que executar, 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 os dados de embarque referentes aos transportes internacionais realizados em novembro 2004 no Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro ALF/GIG, concernentes às cargas amparadas nas declarações de exportação DDE's listadas no demonstrativo "AUTO DE INFRAÇÃO nº 0717700/00/00248/09", descumprindo, portanto, a obrigação acessória de que trata o 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 à qual foi intimada, a autuada apresentou impugnação às fls. 16 a 32 alegando, em síntese, que:

- a equivocada fundamentação legal da penalidade aplicada torna nulo o auto de infração, conforme se depreende do inciso IV do artigo 10 combinado com o inciso II do artigo 59, ambos do Decreto 70.235/72, eis que cerceia o direito de

defesa da impugnante, uma vez que a multa não corresponde à infração supostamente praticada;

- a multa contraria o disposto no inciso VI do artigo 2º da Lei 9.784/99 e no parágrafo 2º do artigo 113 do CTN, pelo fato de não possuir qualquer finalidade específica a ela relacionada ou necessidade de proteger determinado bem jurídico, pois após o desembaraço aduaneiro da mercadoria embarcada considera-se concluído todo o procedimento fiscalizatório, não havendo qualquer possibilidade de se caracterizar dano ao erário;

- as normas utilizadas para embasar a aplicação da multa estão desvinculadas do interesse de aprimorar a fiscalização e a arrecadação de tributos, eis que toda fiscalização e recolhimento relativo a tributos já foram efetivamente efetuados;

- a penalidade, da forma como aplicada no caso vertente, viola os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da isonomia, pois o valor da multa não se altera, independentemente do quantitativo de registros informados intempestivamente, também porque seu valor é muitas vezes superior ao da multa por embarço à fiscalização, cuja aplicação depende do valor aduaneiro da mercadoria e do caráter doloso, enquanto que o pequeno atraso na inclusão das informações no Siscomex não causa qualquer prejuízo à fiscalização;

- o artigo 107 inciso IV alínea "e" do Decreto-Lei 37/66, ao mencionar a expressão "deixar de prestar informações", não se aplica ao caso sob exame eis que a impugnante inseriu absolutamente todos os dados de embarque das mercadorias no Siscomex, conforme determinado pela Receita Federal;

- diversas datas de embarque de mercadorias nas aeronaves da impugnante corresponderam a sextas-feiras, sábados e domingos ou vésperas de feriado, mas que por razões econômicas não é viável a manutenção de pessoal especializado da impugnante para realizar atividades operacionais exclusivas no Siscomex.

Portanto, foi exatamente por esses motivos e em atendimento aos princípios da finalidade e da motivação que foi proferida a Solução de Consulta 215/04, que não deixa dúvida quanto à impossibilidade de se realizar o início da contagem de prazo para registro das informações no Siscomex nas retro mencionadas datas, razão pela qual devem ser declarados nulos os lançamentos da multa relativamente àquelas averbações realizadas no primeiro dia útil subsequente ao respectivo embarque; por razões alheias a vontade do transportador aéreo o registro da DDE não pôde ser efetuado no exíguo estabelecido pela legislação, não obstante ter sempre agido espontaneamente e em total transparência, efetuando, por conseguinte, o registro no menor prazo possível;

- a inobservância dos prazos regulamentares tão somente acarretaria embarço à fiscalização se prejudicasse negativamente a capacidade de o fisco arrecadar tributos, o que não é o caso, pois referida intempestividade não traz qualquer prejuízo à atividade fiscalizadora, sendo irrelevante para o direito tributário a conduta infracional supostamente praticada.

- por diversas vezes no decorrer do ano de 2004 o Siscomex permaneceu indisponível, impossibilitando as transportadoras e demais intervenientes de inserir os dados de embarque das mercadorias transportadas, não podendo, por conseguinte, ser responsabilizada por fato alheio a sua vontade. Nesse sentido, pede para que seja resgatada a memória das panes de sistema ocorrida no mês de dezembro de 2004.

Por todo exposto, requer seja acolhida a presente defesa e, por conseguinte, declarada a nulidade do auto de infração, bem como a desconstituição do crédito tributário apurado.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento decidiu pela procedência parcial da impugnação, reduzindo a multa à R\$ 5.000,00, por entender que o prazo previsto na IN SRF nº 1.096/2010, de 7 (sete) dias, para informação de carga transportada, deveria ser aplicado à parte do lançamento, em razão da retroatividade benigna. A decisão da DRJ foi assim detalhada no voto vencedor.

Nesse sentido, é bem de ver que para aos embarques no Vão GEC/0503, ocorridos em 11.11.2004, 12.11.2004, 14.11.2004, 23.11.2004 e 28.11.2004, o novo prazo de sete dias previsto na IN/RFB 1.096/10 para a prestação de informação da carga transportada iniciou em 12.11.2004, 13.11.2004, 15.11.2004, 24.11.2004 e 29.11.2004, e venceu em 18.11.2004, 19.11.2004, 21.11.2004, 01.12.2004 e 05.12.2004. Portanto, é intempestivo somente o registro (averbação) efetuado pela impugnante em 08.12.2004.

Com relação aos embarques no Vão LH/503, ocorridos em 10.11.2004, 13.11.2004 e 14.11.2004, o novo prazo de sete dias previsto na IN/RFB 1.096/10 para a prestação de informação da carga transportada iniciou em 11.11.2004, 14.11.2004 e 15.11.2004, e venceu em 17.11.2004, 20.11.2004 e 21.11.2004. Portanto, são tempestivos todos os registros (averbações) efetuados pela impugnante em 17.11.2004.

Em face de tudo o quanto foi exposto e no que diz respeito à matéria litigiosa, voto por rejeitar a preliminar arguida e por julgar procedente em parte a impugnação, para manter o crédito tributário lançado no valor de R\$ 5.000,00.” Cientificada da decisão da DRJ, a empresa apresentou recurso voluntário, requerendo a reforma parcial da decisão, repisando as alegações apresentadas na impugnação, que podem ser assim resumidas em apertada síntese. O auto de infração não foi instruído com documentação comprobatória da infração imputada e com a base legal diferente dos fatos apurados, caracterizando cerceamento do direito de defesa. A planilha Siscomex em que se baseia o lançamento não indica a data das tentativas realizadas pela Recorrente para a inserção de dados, que não ocorreram em razão de falhas técnicas do Sistema Siscomex.

Inaplicabilidade ao caso, da multa por embarço a fiscalização.

Finaliza a Recorrente alegando a absoluta falta de proporcionalidade e razoabilidade da multa aplicada e seu caráter confiscatório.

As razões dos Embargos opostos ao Acórdão podem ser resumidas nos excertos a seguir reproduzidos, extraídos da peça recursal.

1. Omissão do Acórdão quanto ao instituto da denúncia espontânea da Embargante – Excludente de punibilidade - Matéria de ordem pública – extinção do crédito fiscal.

Tece considerações a respeito do assunto, apresentando jurisprudência favorável ao entendimento que defende.

Acrescenta,

Ainda que a Embargante não tenha suscitado esta questão em sua defesa perante a instância inicial, imprescindível se faz a análise da Denúncia Espontânea da Embargante, uma vez que o artigo 65 da Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, dispõe que "os processos administrativos de que resultem sanções poderão ser revistos, a qualquer tempo, A PEDIDO OU DE OFÍCIO, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada".

2. Que o Acórdão não reconheceu a nulidade da autuação por ausência de provas; contudo, ao assim decidir limitou-se a afirmar que a planilha juntada ao Auto de Infração seria suficiente para o exercício do direito de defesa, se omitindo em relação à alegação de ofensa ao artigo 9º do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972

Esta E. Turma não se pronunciou, portanto, também sobre a já alegada ofensa ao artigo 9º do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, que regula o processo administrativo fiscal. Dispõe o referido dispositivo que "A exigência do crédito tributário e a aplicação de penalidade isolada serão formalizados em autos de infração ou notificações de lançamento (...), os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito" (grifo nosso).

Ainda sobre isso, procura demonstrar, também, que os dados considerados pela Fiscalização Federal referem-se, na verdade, à data de averbação do embarque da carga e não a data do registro dos dados de embarque.

Verifica-se, portanto, que, neste caso, a fiscalização informou, para fins de aferição da tempestividade dos embarques, a data de averbação, pela Receita, do embarque da carga, e não a do efetivo registro de dados efetuados pela Transportadora.

Para que restasse comprovada a infração, teria a Fiscalização que ter juntado os autos os extratos de tela do Sistema Siscomex, que fornecem todo o histórico do despacho aduaneiro da mercadoria destinada ao exterior. Sem que tais documentos tenham instruído o Auto de Infração, não foi oportunizada à Embargante sequer a possibilidade de verificar a veracidade de tais informações, não havendo meios desta se defender da aplicação da multa, restando inviabilizada a aplicação de qualquer punição à mesma pela inserção intempestiva de dados no Siscomex.

Assim, incontestável a NULIDADE do auto de infração, razão pela qual é imprescindível que V. Sa. se manifeste especificamente sobre o art. 9º do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, quanto à ausência de provas da infração imputada à Embargante, bem como quanto ao cerceamento de seu direito de defesa decorrente da não juntada ao auto de infração dos elementos essenciais necessários à configuração da infração.

É o Relatório.

Voto

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, tomo conhecimento dos Embargos de Declaração.

Compulsando os autos, percebe-se que o excludente de espontaneidade deixou de ser arguido não apenas na *defesa perante a instância inicial*, como faz crer a Embargante, mas também em sede de Recurso Voluntário. O que se extrai do teor do Recurso é que a então Recorrente, desde logo, tratou de apresentar os elementos com os quais pretendia demonstrar a improcedência da autuação, nos seguintes termos.

No entanto, concluiremos no presente recurso que esta autuação é nula e que a r. decisão necessariamente deve ser reformada pelas seguintes razões:

1) O auto de infração lavrado em face da Recorrente não foi instruído com qualquer documento que comprove a infração imputada à mesma, caracterizando a não ocorrência do fato gerador da multa, bem como a nulidade do auto de infração por cerceamento do direito de defesa;

2) O auto de infração foi lavrado com base em incorreta tipificação, bem como em incorreta adequação dos fatos à norma;

3) A planilha Siscomex que integra o presente auto de infração não indica a data real em que a Recorrente realiza a inserção de dados de embarque no sistema, razão pela qual, por falha técnica, não ficam registradas as tentativas de inclusão de dados de embarque no Siscomex, conforme comprovado abaixo;

4) O Siscomex inegavelmente apresenta falhas técnicas (comprovadas abaixo) que, por diversas vezes, geram sua indisponibilidade por horas ou mesmo dias e impedem a inserção de dados de embarque de mercadorias, não podendo a Recorrente arcar com pesadas multas em virtude de um atraso que ela não deu causa;

Nem aí nem em nenhum outro momento fez-se menção à aplicação do instituto da espontaneidade e à possibilidade de que as novas disposições normativas fossem empregadas a fatos pretéritos. Nestas condições, não vejo como cogitar de omissão.

Ainda a esse respeito, imperioso que se diga que o excludente associado à ação espontânea não pode ser reconhecida como matéria de ordem pública. Basta que se lembre que a aplicação do instituto às infrações por atraso na entrega das declarações aduaneiras vem formando jurisprudência administrativa dissonante. Se não é unânime o entendimento administrativo, como se haveria de cogitar de sua aplicação de ofício?

E nem se diga que matéria de ordem pública comporta diferentes interpretação na jurisprudência. Isso, de fato, pode perfeitamente acontecer; contudo, jamais em relação à essência do assunto tratado, mas exclusivamente em relação às diferentes interpretações que possam receber determinadas regras de aplicação que lhes sejam próprias. Por exemplo, discutem-se as regras de contagem do prazo decadencial, mas jamais a submissão de todo e qualquer tributo a um prazo para constituição da exigência. E é isso que se observa em relação ao instituto da espontaneidade. Conforme jurisprudência, ele pode ser aplicado a determinadas infrações e a outras não. Tanto é assim, que existe súmula aprovada no âmbito deste Conselho, afastando sua aplicação às infrações decorrentes do atraso na entrega de declarações. Observe-se.

Súmula CARF nº 49: A denúncia espontânea (art. 138 do Código Tributário Nacional) não alcança a penalidade decorrente do atraso na entrega de declaração.

Também não identifiquei omissão a respeito da falta de comprovação da infração.

Sobre isso localizei no Acórdão embargado as considerações a seguir transcritas.

Inicialmente cabe a análise da alegação de cerceamento do direito de defesa, em razão da ausência de prova comprobatória dos fatos e divergência quanto ao embasamento legal. Nesta matéria não assiste razão a Recorrente. O Auto de Infração foi realizado dentro das normas legais, atendendo todos os requisitos previstos na legislação quanto a formalização do lançamento tributário. A multa foi corretamente descrita e detalhada, sendo o lançamento objeto de impugnação e julgamento pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento e ainda, não tendo as suas pretensões atendidas, a Recorrente protocolou o Recurso Voluntário.

Com todo este histórico de discussão administrativa, não se pode falar em cerceamento de direito de defesa. O procedimento previsto no Decreto 70.235/72 foi observado, tanto quanto ao lançamento tributário, bem como, ao devido processo administrativo fiscal.

Como pode ser visto no texto extraído do Recurso Voluntário, já no primeiro item da lista que contém seus apontamentos, a Recorrente refere o fato de que o *auto de infração lavrado em face da Recorrente não foi instruído com qualquer documento que comprove a infração imputada à mesma, caracterizando a não ocorrência do fato gerador da multa, bem como a nulidade do auto de infração por cerceamento do direito de defesa.*

Mesmo que alegue como consequência da ausência de instrução probatória a inocorrência do fato gerador da multa, ao sustentar a nulidade do auto de infração a Recorrente remete ao cerceamento do direito de defesa, razão pela qual o assunto foi examinado pelo Relator do Processo sob esse efeito.

Quanto a isso, importante acrescentar que mesmo que a defesa não tivesse associado a falta de provas à preterição do direito de defesa, seria perfeitamente aceitável que o Relator, por si mesmo, escolhesse essa abordagem, uma vez que, *strictu sensu*, associa-se a nulidade do procedimento ou à preterição ao direito de defesa ou à incompetência do agente.

O que interessa no caso concreto é que o Relator referiu-se textualmente à alegada *ausência de prova comprobatória dos fatos*, decidindo que o *Auto de Infração foi realizado dentro das normas legais, atendendo todos os requisitos previstos na legislação quanto a formalização do lançamento tributário*, razão pela qual, *nesta matéria não assiste razão a Recorrente.*

Finalmente, considero que as alegação de que a Fiscalização teria considerado a data de averbação do embarque da carga em lugar da data do registro dos dados de embarque também foi enfrentado pela decisão.

No tópico IV, sob o título "Prova Imperfeita da Infração Cometida em Razão de Falhas do Siscomex - Ausência de Registro das Tentativas de Inserção de Dados" a então Recorrente defendeu seu ponto de vista.

IV - PROVA IMPERFEITA DA INFRAÇÃO COMETIDA EM RAZÃO DE FALHAS DO SISCOMEX - AUSÊNCIA DE REGISTRO DAS TENTATIVAS DE INSERÇÃO DE DADOS

(...)

Ou seja, depreende-se do dispositivo acima que a relação de embarques informada no auto de infração está informando, na realidade, a data de averbação, pela Receita, do embarque da carga, mas não a do registro, porque esta efetivamente não consta do SISCOMEX.

Para compreender a questão, é necessário, em primeiro lugar, verificar que o registro de informações de embarque é diferente da averbação. O exportador ou seu representante registram a DDE ou a DSE e preenchem o AWB da carga que será transportada. Após este registro, a transportadora aérea tem acesso ao AWB com base no qual faz o manifesto. A Receita Federal, na conferência da exportação, libera ou não a mercadoria com base na DDE ou na DSE e no manifesto. Como as informações são prestadas por diferentes agentes, podem ocorrer erros durante este processo.

Por seu turno, o Voto condutor da decisão embargada, manifesta seu entendimento a respeito das razões de defesa.

Alega a Recorrente a existência de erros no sistema Siscomex. O que teria impossibilitado a informação do embarque da carga, no prazo determinado pela IN SRF nº 28/1994. Analisando os documentos constantes do recurso voluntário não foram identificados quaisquer documentos ou fatos que comprovam o erro no Sistema Siscomex, que vincula ou demonstre que as informações da carga em discussão nos autos, foi impossibilitada por erro deste Sistema.

Uma vez que ausentes as omissões apontadas pela Embargante, VOTO pela rejeição dos Embargos de Declaração interpostos.

Sala das Sessões, 16 de outubro de 2014.

(assinatura digital)

Ricardo Paulo Rosa - Relator