



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

Processo nº 10715.005588/2009-31
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3102 - 001.399 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de fevereiro de 2012
Matéria OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS
Recorrente LUFTHANSA CARGO AG
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Obrigações Acessórias

Data do Fato Gerador: 06/12/2004, 13/12/2004, 14/12/2004, 17/12/2004, 18/12/2004, 25/12/2004, 26/12/2004, 27/12/2004, 28/12/2004

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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário. Ausente, justificadamente, os Conselheiros Ricardo Rosa, que foi substituído pela Conselheira Mara Cristina Sifuentes e Nanci Gama, que foi substituída pelo Conselheiro Hélio Araújo.

Luis Marcelo Guerra de Castro - Presidente.

Winderley Moraes Pereira - Relator.

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros: Luis Marcelo Guerra de Castro, Mara Cristina Sifuentes, Luciano Pontes de Maya Gomes, Winderley Moraes Pereira, Álvaro Arthur Lopes de Almeida Filho e Hélio Araújo.

Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da primeira instância que passo a transcrever.

“O presente processo trata da exigência do valor de R\$ 45.000,00 consubstanciada no auto de infração de fls. 01 a 10, 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 dezembro 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 0717700/00/00272/09", 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. 15 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 embaraço 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\$ 15.000,00, 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.

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 embaraço a fiscalização.

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

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Winderley Moraes Pereira

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 27/03/2012 por WINDERLEY MORAIS PEREIRA, Assinado digitalmente em 16/04/

2012 por LUIS MARCELO GUERRA DE CASTRO, Assinado digitalmente em 27/03/2012 por WINDERLEY MORAIS PEREIRA

Impresso em 24/07/2013 por EUNICE AUGUSTO MARIANO - VERSO EM BRANCO

O recurso é voluntário e tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, merecendo, por isto, ser conhecido.

Cerceamento do direito de defesa e ofensa a princípios constitucionais

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.

Quanto à alegação que o lançamento estaria ferindo princípios constitucionais de razoabilidade e proporcionalidade e teria caráter confiscatório. Também aqui não pode prosperar as alegações do recurso. Os princípios constitucionais atingiriam o legislador e estando a multa prevista em Lei e em plena vigência, não há que se considerar qualquer ofensa a preceitos constitucionais. Ainda que pudesse restar alguma dúvida sobre a legalidade sob o viés constitucional da penalidade aplicada, mesmo assim, este colegiado não poderia apreciar a matéria, diante da emissão da súmula nº 2 do CARF, publicada no DOU de 22/12/2009, que veda o pronunciamento sobre constitucionalidade de lei tributária.

“Súmula CARF nº 2

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”

Lançamento em razão da informação intempestiva de dados de embarque

O lançamento teve origem no descumprimento do prazo para informação dos dados de embarque, referente a transportes internacionais realizados pela Recorrente. O prazo para informação dos embarques estava definido à época dos fatos no art. 37 da IN SRF nº 28/1994, alterado pelo art. 1º, da IN SRF nº 510/2005. In verbis.

“Art. 37. O transportador deverá registrar, no Siscomex, os dados pertinentes ao embarque da mercadoria, com base nos documentos por ele emitidos, no prazo de dois dias, contado da data da realização do embarque.

§ 1º Na hipótese de embarque de mercadoria em viagem internacional, por via rodoviária, fluvial ou lacustre, o registro

de dados do embarque, no Siscomex, será de responsabilidade do exportador ou do transportador, e deverá ser realizado antes da apresentação da mercadoria e dos documentos na unidade da SRF de despacho.

§ 2º Na hipótese de embarque marítimo, o transportador terá o prazo de sete dias para o registro no sistema dos dados mencionados no caput deste artigo.”

A Recorrente tece nos seus argumentos diversas considerações acerca da obrigação acessória constante da IN SRF nº 37/2004. Para um melhor deslinde da questão faz-se necessário, antes de qualquer discussão, a análise da atribuição da Receita Federal para criar obrigações acessórias

Atribuição da Receita Federal para definir obrigações acessórias

A definição de obrigação acessória e assunto pertinente aos órgãos da administração tributária, para confirmar este entendimento, basta análise da matéria do ponto de vista dos diplomas legais que atribuem competência a Receita Federal para definir obrigações acessórias. O art. 113 do Código Tributário Nacional definiu o que vem a ser obrigação principal e obrigação acessória.

“Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.”

Conforme definido no CTN, a obrigação acessória é prestação comissiva ou omissiva previstas na legislação, no interesse da arrecadação ou fiscalização tributária. A obrigação acessória não se confunde com a obrigação principal de recolhimento tributário, mas conforme, descrito no código, visa o controle e a fiscalização. Não há como falar em obrigação acessória ligada a lançamento, mas a obrigação de fazer ou não fazer do sujeito passivo.

A alegação que a obrigação acessória somente poderia ser definida em lei e não em normas administrativas, não encontra respaldo nas normas de direito tributário, pois, no

art. 113 é esclarecido, de forma cristalina, que a obrigação acessória nasce da legislação tributária. A legislação tributária abarca outros institutos normativos, tais como decretos e normas complementares como preceitua o art. 96 também do CTN. Ao analisar a questão Luciano Amaro define que mesmo nos casos em que a obrigação acessória foi definida por ato de autoridade administrativa, mesmo assim, pode-se dizer que decorre de “lei”, visto o caráter de vinculação legal da administração tributária.

*“Parece que ao dizer serem as obrigações acessórias decorrentes da legislação tributária, o Código quis explicitar que a previsão dessas obrigações pode estar não em “lei”, mas em ato de autoridade que se enquadre no largo conceito de “legislação tributária” dado no art. 96; mesmo, porém que se ponha em causa um dever de utilizar certo formulário escrito em ato de autoridade, melhor seria dizer que a obrigação, em situações como esta, decorre da lei, pois nesta é que estará o fundamento com base no qual a autoridade pode exigir tal ou qual formulário, cujo formato tenha ficado a sua descrição. E, obviamente, também nessas situações, o nascimento do dever de alguém cumprir tal obrigação instrumental surgirá, concretamente, quando ocorrer o respectivo fato gerador”.*¹

Detalhando ainda, se restasse dúvida, a atribuição da Receita Federal de definir obrigações tributárias, foi editada a MP 1.788/98, convertida posteriormente na Lei nº 9.779 de 19 de janeiro de 1999, que no seu artigo 16, torna inconteste a atribuição da Receita Federal para dispor sobre as obrigações acessórias.

“Art. 16. Compete à Secretaria da Receita Federal dispor sobre as obrigações acessórias relativas aos impostos e contribuições por ela administrados, estabelecendo, inclusive, forma, prazo e condições para o seu cumprimento e o respectivo responsável”

Conforme descrito acima a alegação a Receita Federal possui a competência legal para criar e regular obrigações acessórias referente aos tributos por ela administrados. Destarte, quaisquer declarações, controles e prazos referentes a tributos sobre o seu controle, são de cumprimento obrigatório pelos intervenientes do comércio exterior e o seu descumprimento enseja a aplicação das penalidades pertinentes.

A inaplicabilidade do princípio da boa-fé e da ausência de dano no descumprimento das obrigações acessórias

Quanto à discussão sobre dano ou prejuízo a administração aduaneira e aplicação do princípio da boa-fé no descumprimento das obrigações acessória, também não se aplica nestes casos. A responsabilidade tributária independe da intenção do agente, nos termos previstos no art. 136, do Código Tributário Nacional. *In verbis*.

“Art. 136. Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.”

O art. 136 explicita a posição adotada no Código, de afastar as características subjetivas para análise da responsabilidade. As sanções estão previstas em lei e salvo disposição em contrário, não consideram o instituto da subjetividade, não sendo considerada na aplicação da penalidade, a intenção do agente no ato comissivo ou omissivo.

Esta fica mais evidente, quando aplicada aos tributos e controles aduaneiros, que na sua origem não possuem caráter arrecadatório, mas de controle e segurança da soberania nacional. As obrigações aduaneiras, tanto principais, quanto acessórias, são determinadas em função de decisões administrativas e políticas de Estado. As obrigações acessórias, definidas no controle aduaneiro, caminham em conjunto com os controles administrativos e fitossanitários. Todas as informações exigidas nas declarações tipicamente aduaneiras são relevantes e determinam critérios de riscos que levam a níveis diferenciados de controle aduaneiro, inclusive podendo definir a ausência total da verificação física das mercadorias importadas. Daí a definição de sanções aplicáveis a descumprimento de obrigações acessórias. A falta ou informação em atraso prejudicam sobremaneira o controle, portanto, a penalidade aplicada vem no intuito de estimular o correto cumprimento das obrigações acessórias, punindo aquele que falta com as informações nos termos previstos pela norma.

Enquadramento legal da penalidade aplicada

Insurge-se a Recorrente contra o enquadramento legal, utilizado no enquadramento da penalidade aplicada, qual seja a alínea “e”, do inciso IV, do art. 107, do Decreto-Lei nº 37/66. Em razão da falta de informação da carga, não configuraria embarço a fiscalização e, portanto, o enquadramento não poderia ser utilizado no Auto de Infração. Aqui incorre a Recorrente em erro de argumentação, pois, o enquadramento legal, utilizado para aplicação da penalidade é alínea “e”, do inciso IV, do art. 107 do DL nº 37/66, que trata da falta de prestação de informação a que estava obrigada.

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

(...)

IV - de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais):

e) por deixar de prestar informação sobre veículo ou carga nele transportada, ou sobre as operações que execute, na forma e no prazo estabelecido pela Secretaria da Receita Federal, aplicada à empresa de transporte internacional, inclusive a prestadora de serviços de transporte internacional expresso porta-a-porta, ou ao agente de carga; “

Alega a Recorrente que o descumprimento do prazo para informação do embarque somente poderia ensejar a aplicação da penalidade de embargo a fiscalização, prevista no inciso “c” do art. 107 do DL 37/66, em razão do art. 44 da IN 28/1994.

“Art. 44. O descumprimento, pelo transportador, do disposto nos arts. 37, 41 e § 3º do art. 42 desta Instrução Normativa constitui embargo à atividade de fiscalização aduaneira, sujeitando o infrator ao pagamento da multa prevista no art. 107 do Decreto-lei nº 37/66 com a redação do art. 5º do Decreto-lei nº 751, de 10 de agosto de 1969, sem prejuízo de sanções de caráter administrativo cabíveis.”

O art. 44 da instrução normativa somente confirma que o descumprimento das obrigações acessórias constituem embargo a fiscalização, não determinando qual a penalidade a ser aplicada. A penalidade é definida pelo Auditor Fiscal da Receita Federal que diante dos fatos, verifica o enquadramento legal e aplica a penalidade prevista. No caso em estudo foi aplicado o inciso “e” do art. 107, do DL nº 37/66. Que define a penalidade para os casos de informação intempestiva referentes à carga transportada o que se amolda perfeitamente ao caso em tela, visto a discussão travada em todo o processo versar sobre a informação intempestiva de dados de carga. Portanto, não há qualquer reparo no enquadramento legal utilizado no Auto de Infração.

Erro no Sistema Siscomex impossibilitando a informação no prazo determinado

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.

O contribuinte tenta fazer crer, que caberiam ao Serviço Federal de Processamento de Dados e a Receita Federal demonstrarem que as informações da carga no

Siscomex não ocorreram por erro no Siscomex. Neste ponto, cabe ressaltar que a autoridade fiscal tem o ônus da comprovação dos fatos quando do lançamento tributário. Entretanto, estamos tratando de caso diverso. O lançamento foi motivado por informações constantes nos sistemas informatizados e foi demonstrado nos autos. A modificação do lançamento, somente poderia ocorrer com a comprovação da existência de erros no Siscomex vinculados a informação da carga em discussão nos autos. A simples alegação, sem a apresentação de documentação comprobatória, não pode ser analisada, muito menos, obrigar a outra parte que promova a busca das provas necessárias à comprovação dos fatos alegados no recurso.

Analisando a situação da necessidade da prova, lembro a lição de Humberto Teodoro Júnior. “Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados dos quais depende a existência de um direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente.”²

Portanto, sem quaisquer documentos ou fatos que possam comprovar a alegação que ocorreu um erro dos sistemas informatizados, impedindo a correta informação da carga, não podem prosperar as alegações do recurso quanto a esta matéria.

Conclusão

Diante de todo o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário.

Winderley Moraes Pereira