



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10715.006281/2009-58
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3401-011.358 – 3ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de novembro de 2022
Recorrente TAM LINHAS AEREAS S/A.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/02/2005 a 28/02/2005

INOVAÇÃO DOS ARGUMENTOS DE DEFESA. PRECLUSÃO CONSUMATIVA.

As regras do processo administrativo fiscal não permitem que matérias que não tenham sido expressamente contestadas em sede de impugnação, à exceção das questões de ordem pública, sejam apreciadas em fase recursal, dada a ocorrência de preclusão consumativa.

NULIDADE DO LANÇAMENTO. AUSÊNCIA DE PROVAS. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. FATO INCONTROVERSO.

Não há que se falar em cerceamento do direito de defesa ou em nulidade de Auto de Infração por falta de provas quando a prática da conduta é expressamente admitida pela recorrente, tornando o fato incontroverso.

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 01/02/2005 a 28/02/2005

PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÃO SOBRE OS DADOS DE EMBARQUE FORA DO PRAZO. TIPIFICAÇÃO.

A partir da vigência da Medida Provisória nº 135, de 2003, posteriormente convertida na Lei nº 10.833, de 2003, a prestação de informação sobre os dados de embarque fora do prazo encontra-se tipificada na alínea “e” do inciso IV do art. 107 do Decreto-lei nº 37, de 1966.

PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÃO SOBRE OS DADOS DE EMBARQUE. PRAZO IMEDIATO. INOBSERVÂNCIA. MULTA. COMINAÇÃO.

Aplica-se a multa prevista na alínea “e” do inciso IV do art. 107 do Decreto-lei nº 37, de 1966, ao transportador que deixar de prestar informação sobre os dados de embarque na forma e no prazo estabelecidos pela RFB.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer em parte o Recurso Voluntário para, na parte conhecida, negar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Arnaldo Diefenthaeler Dornelles – Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Gustavo Garcia Dias dos Santos, Oswaldo Goncalves de Castro Neto, Winderley Moraes Pereira, Fernanda Vieira Kotzias, Marcos Antonio Borges (suplente convocado), Carolina Machado Freire Martins, Leonardo Ogassawara de Araujo Branco e Arnaldo Diefenthaeler Dornelles (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário (e-fls. 84 a 131) interposto em 21/03/2014 contra decisão proferida no Acórdão 07-30.739 - 2ª Turma da DRJ/FNS, de 28 de fevereiro de 2013 (e-fls. 65 a 73), que, por unanimidade de votos, julgou procedente em parte a impugnação e manteve em parte o crédito tributário exigido.

Os fatos iniciais constam do relatório do referido Acórdão, que reproduzo a seguir:

A presente autuação refere-se à exigência da multa capitulada no art. 107, IV, alínea “e”, do Decreto-lei nº 37/1966, com a redação da Lei nº 10.833/2003, no valor de R\$ 45.000,00, aplicada por veículo/viagem, identificado pelo respectivo voo, por não prestar as informações sobre a carga transportada no prazo estabelecido na IN SRF nº 28/1994, alterado pela IN RFB nº 510/2005.

A fiscalização junta aos autos a planilha de fl. 10, na qual indica o número da DDE da carga transportada, a data de embarque e número do voo e a data da efetiva averbação dos dados do respectivo embarque.

Não se conformando com a exigência, a autuada apresenta impugnação às fls. 23 a 31 para afirmar 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 artigo 44 da instrução normativa acima referenciada; sendo inaplicável ao caso sob exame a multa prevista no art. 107, IV, alínea “e”, da Lei nº 10.833/2003.

Prossegue aduzindo que a penalidade aplicada contrapõe 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 é humanamente impossível realizar de imediato a inserção de todos os dados de embarque relacionados a cada um dos voos internacionais operados pela Impugnante, o que revela o “excesso de punição”. Ainda mais que não causou qualquer prejuízo ao Fisco.

Portanto, entende que a penalidade pecuniária prevista na Lei 10.833/03 deveria ser relevada de plano ou, excepcionalmente, ser aplicada uma única vez e não sobre cada um dos vãos em que foi constatado o registro tardio de informações relacionadas a mercadorias destinadas ao exterior.

Do exposto, requer a insubsistência do auto de infração e consequente cancelamento da penalidade imposta, ou, subsidiariamente, seja permitida a retificação do lançamento para que a penalidade seja aplicada sobre um único evento infracional.

O julgamento em primeira instância, formalizado no Acórdão 07-30.739 - 2ª Turma da DRJ/FNS, resultou em uma decisão de parcial procedência da impugnação e de manutenção em parte do crédito tributário exigido, ancorando-se nos seguintes fundamentos: (a) que não compete ao julgador administrativo apreciar eventual inconstitucionalidade de lei, sendo essa uma prerrogativa do Poder Judiciário; (b) que não existe a pretensa nulidade do Auto de Infração; (c) que o agente público deve estrita obediência à lei e tem como dever a busca da satisfação dos interesses públicos; (d) que o Auto de Infração tipificou a conduta na alínea “e” do inciso IV do art. 107 do Decreto-lei n.º 37, de 1966, em razão do descumprimento da obrigação acessória prevista no art. 37 da IN SRF n.º 28, de 1994, alterado pelo art. 1.º da IN SRF n.º 510, de 2005; (e) que a informação exigida tem a finalidade de determinar o controle aduaneiro apropriado; (f) que uma vez consumada a infração, não é facultado ao fisco perquirir sobre a conveniência ou oportunidade para aplicação da penalidade; (g) que a responsabilidade pela infração aduaneira é objetiva; (h) que o art. 37 da IN SRF n.º 28, de 1994, criou obrigação acessória, a qual será considerada conduta infracional no caso de sua inobservância; (i) que, pela aplicação do princípio da retroatividade benigna, o prazo a ser considerado para a prestação de informações sobre os dados de embarque para o modal aéreo é aquele estabelecido pela IN SRF n.º 1.096, de 2010, qual seja, de sete dias da data do embarque; (j) que não se cogita ter havido embarço ou não para a aplicação da penalidade; (k) que, pela impugnação apresentada, restou incontroverso o fato de a interessada ter prestado as informações a destempo; (l) que a lei tipifica precisamente a conduta infracional; (m) que a impugnante não foi penalizada pela quantidade de dados de embarque que deixaram de ser informados para determinado voo, mas sim por cada voo onde houve prestação de informação a destempo; (n) que a relevação de penalidade somente pode ser operada pela autoridade competente, dentro dos limites e condições estabelecidos em lei; e (o) que à exceção do voo ocorrido em 22/02/2005, todos os demais listados na planilha de e-fl. 11 tiveram informações sobre os dados de embarque prestadas após sete dias do efetivo embarque.

Cientificada da decisão da DRJ em 11/03/2014 (Termo de Abertura de Documento na e-fl. 81), a empresa interpôs Recurso Voluntário em 21/03/2014 (e-fls. 84 a 131), inovando completamente em seus argumentos de defesa para argumentar, em síntese, que: (a) o Auto de Infração não foi instruído com qualquer documento que comprove minimamente a infração, caracterizando a não ocorrência do fato gerador da multa, bem como a nulidade do Auto de Infração por cerceamento do direito de defesa; (b) o Auto de Infração foi lavrado com base em incorreta tipificação, bem como em incorreta adequação dos fatos à norma; (c) há uma impossibilidade de aplicação das IN SRF n.º 510, de 2005, e IN SRF n.º 1.096, de 2010, com relação a três dos nove fatos geradores mantidos pelo Acórdão recorrido, uma vez que não vigentes à época dos fatos e prejudiciais à recorrente; (d) deve ser aplicado o instituto da denúncia espontânea, cuja legislação sofreu modificação para abranger também as penalidades de natureza administrativa; (e) o Siscomex apresenta falhas técnicas que, por diversas vezes, geram sua indisponibilidade por horas ou mesmo dias e impedem a inserção de dados de embarque de mercadorias; e (f) o regime tributário brasileiro desonera ampla e irrestritamente a

exportação e que a aplicação da multa somente poderia ocorrer se a conduta ocasionasse prejuízo ao fisco ou ao interesse público, o que não ocorreu.

O Recurso Voluntário veio para apreciação deste Conselho e, por meio do Acórdão n.º 3801-005.329 – 1ª Turma Especial (e-fls. 242 a 255), na sessão do dia 19 de março de 2015, por maioria de votos, reconheceu-se a aplicação do instituto da denúncia espontânea e deu-se provimento ao Recurso.

A Procuradoria da Fazenda Nacional se insurgiu contra esse Acórdão n.º 3801-005.329 e interpôs Recurso Especial (e-fls. 257 a 264) para remessa à Câmara Superior de Recursos Fiscais, apontando divergência de interpretação em relação ao Acórdão n.º 3802-000.570, apresentado como paradigma, onde foi firmado o entendimento de que o art. 102, § 2º, do Decreto-lei n.º 37, de 1966, com a redação dada pela Lei n.º 12.350, de 2010, não se aplica à hipótese de não prestação de informação sobre veículo ou carga nele transportada no prazo estabelecido pela RFB, preceituada no art. 107, inciso IV, alínea “e” do Decreto-lei n.º 37, de 1966.

A Câmara Superior de Recursos Fiscais julgou o processo na sistemática dos recursos repetitivos (Acórdão paradigma 9303-003.551) e, por meio do Acórdão n.º 9303-003.587 (e-fls 313 a 321), na sessão do dia 26 de abril de 2016, pelo voto de qualidade, deu parcial provimento ao Recurso Especial e considerou inaplicável ao caso a denúncia espontânea, determinando o retorno do processo à instância *a quo* para que fossem apreciadas as demais questões trazidas no Recurso Voluntário, que não haviam sido objeto de deliberação.

Irresignada, a empresa TAM LINHAS AÉREAS SA apresentou, em 01/06/2016, Embargos de Declaração ao Acórdão de Recurso Especial (e-fls. 337 a 340), apontando omissão quanto à exposição de motivos da Medida Provisória que originou a alteração do art. 102, § 2º, do Decreto-lei n.º 37, de 1966, quanto à Solução de Consulta n.º 100 da RFB e quanto aos arts. 111 e 112 do CTN. Referidos Embargos foram rejeitados pela Câmara Superior de Recursos Fiscais (e-fls. 349 a 353).

Na sequência, a empresa impetrou Mandado de Segurança com pedido de medida liminar (e-fls. 369 a 406) sustentando a ilegalidade do voto de qualidade proferido em seu desfavor no Acórdão n.º 9303-003.587.

Em 21/11/2016 este Conselho recebeu o mandado de intimação da 2ª Vara Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal (e-fls. 360 a 363), dirigido ao Conselheiro Presidente da 3ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, que informava da decisão judicial que havia deferido a liminar em Mandado de Segurança (e-fls. 364 a 366) nos seguintes termos:

Pelo exposto, presentes os pressupostos específicos do art. III da Lei 12.016/09 DEFIRO A LIMINAR como postulada na inicial para que a autoridade impetrada “*se abstenha de praticar qualquer ato que tenha por objetivo declarar a renúncia da impetrante às instâncias administrativas em decorrência do presente Mandado de Segurança*” e ainda para suspender o resultado do julgamento aqui discutido até que seja proferida sentença de mérito na presente causa.

A sentença sobreveio em 20 de agosto de 2019 (e-fls. 408 a 412) denegando a segurança e revogando o provimento liminar anteriormente deferido. Em 6 de novembro de

2020, nova sentença foi prolatada (e-fls. 413 e 414), conhecendo dos embargos de declaração apresentados pela empresa e, no mérito, negando-lhes provimento.

Vieram então os autos para julgamento deste Colegiado, que deverá observar o decidido no Acórdão n.º 9303-003.587.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Arnaldo Diefenthaeler Dornelles, Relator.

O Recurso Voluntário é tempestivo e preenche os demais requisitos formais de admissibilidade, razão pela qual dele se toma conhecimento, exceto nas partes onde se identifica a inovação dos argumentos de defesa que não caracterizam matérias de ordem pública, alcançadas pela preclusão consumativa.

Antes de adentrarmos na análise dos argumentos recursais, convém lembrar que este processo vem de um retorno da Câmara Superior de Recursos Fiscais, onde restou decidido que o instituto da denúncia espontânea não se aplica ao presente caso, razão pela qual sequer abordaremos essa questão.

No tocante aos demais argumentos recursais, eles devem ser todos enfrentados por este Colegiado, conforme indicado no voto do Acórdão do Recurso Especial da Câmara Superior de Recursos Fiscais:

Como a denúncia espontânea é questão prejudicial de mérito, impede o julgamento das demais questões afetas à exigência da penalidade em foco. Portanto, ainda que o voto condutor do recorrido tenha se pronunciado sobre outras questões de mérito, tal pronunciamento não representa julgamento pelo colegiado *a quo*, constituindo, apenas, manifestação pessoal do relator.

Por isso, afastada a denúncia espontânea, deve o processo retornar à instância *a quo* para que sejam enfrentadas as questões de mérito trazidas pelo Sujeito Passivo no recurso voluntário.

Da ausência de provas – nulidade do Auto de Infração

Argui a recorrente, em sede de preliminar, que o Auto de Infração é nulo, uma vez que não houve a juntada de qualquer documento que comprove a infração.

Diz que houve ofensa ao art. 9º do Decreto n.º 70.235, de 1972, que dispõe que os Autos de Infração “deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito”, e defende ser este “um requisito formal de validade do auto de infração”.

Reclama “que no Auto de Infração que ora se discute a Autoridade Fiscal limitou-se a juntar uma simples planilha, por ela elaborada, cujos dados teoricamente foram extraídos do sistema Siscomex, da qual constam dados tais como a data de embarque da mercadoria, a data de

informação do embarque pela Recorrente, o número do voo e a quantidade de dias de atraso no cumprimento da obrigação”.

Sustenta que “a exigência da comprovação do ilícito pela fiscalização é matéria pacífica no âmbito da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Florianópolis que, por ocasião do julgamento de diversos processos administrativos (...) anulou os autos de infração em razão da ausência de provas que sustentem a procedência do lançamento fiscal”. Junta, a título de exemplo, Acórdão proferido no processo n.º 10715.003351/2009-16.

Defende que, “não tendo sido juntados aos autos os extratos de tela do Siscomex, de onde as informações contidas na planilha deveriam ser extraídas, não foi oportunizada à Recorrente sequer a possibilidade de verificar a veracidade de tais informações, não havendo meios desta se defender da aplicação da multa”.

Junta ainda Acórdão proferido no processo n.º 10715.008943/2010-68, onde a DRJ de Florianópolis reconheceu a insubsistência da planilha apresentada.

Pede a nulidade do Auto e Infração por cerceamento do direito de defesa e pela inexistência de prova da ocorrência do fato gerador da multa em cobrança.

Como se percebe, a recorrente inova em seus argumentos ao defender a nulidade do Auto de Infração pela ausência de provas e, por consequência, pelo cerceamento do direito de defesa, uma vez que trazia como principal argumento em sua peça impugnatória a falta de subsunção do evento ocorrido (registro intempestivo dos dados de embarque) com a hipótese normativa aplicada (deixar de prestar informação sobre veículo ou carga nele transportada), bem como a inaplicabilidade da penalidade prevista na alínea “e” do inciso IV do art. 107 do Decreto-lei n.º 37, de 1966, face ao previsto no art. 37 da IN SRF n.º 28, de 1994.

Não obstante a inovação recursal, conheço dos argumentos por se tratar de matéria de ordem pública.

Avaliando a possível ofensa apontada pela recorrente, verifica-se que o Auto de Infração, de fato, trouxe como único elemento de prova a planilha apresentada na e-fl. 11, que, em que pese sua fragilidade em termos probatórios, só ensejaria a nulidade do Auto de Infração caso restasse caracterizado o cerceamento do direito de defesa da recorrente, nos termos do art. 59 do Decreto n.º 70.235, de 1972:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

Porém, não é o que se observa no caso aqui analisado. A recorrente não questionou, na impugnação, o fato de ter informado os dados de embarque a destempo. Pelo contrário ela admitiu a conduta apontada pela fiscalização (ver e-fl. 31), tornando-a incontroversa:

De fato, a ora impugnante registrou de forma tardia os dados de embarque das mercadorias relacionadas no bojo deste auto de infração, o que, obviamente, não se confunde com a falta de prestação de referidas informações.

Isso, inclusive, já havia sido destacado no Acórdão recorrido (e-fls. 71 e 72):

De plano, infere-se pela impugnação apresentada ser incontroverso o fato de a interessada haver efetuado a destempo o registro no Siscomex das cargas acobertadas pelas declarações de exportação listadas no demonstrativo AUTO DE INFRAÇÃO n.º 0717700/00313/09.

É de se levar em consideração que a planilha da e-fl. 11 apresenta dados relativos a documentos que não só eram de conhecimento da recorrente, mas que também exigiram dela uma ação positiva, de tal sorte que a ela é possível saber quando cada uma das informações referentes aos DDE ali listados foram prestadas. Por isso o reconhecimento do fato na peça impugnatória.

Pelo exposto, rejeito a preliminar de nulidade do Auto de Infração, arguida pela recorrente em razão de suposta ausência de provas.

Da incorreta tipificação dos fatos – nulidade do Auto de Infração

Ainda em sede de preliminar, repisa a recorrente argumento trazido na impugnação, sustentando que, nos termos do art. 44 da IN SRF n.º 28, de 1994, o registro dos dados de embarque fora do prazo caracterizam embaraço à fiscalização aduaneira, punível com a multa prevista na alínea “c” do inciso IV do art. 107 do Decreto-lei n.º 37, de 1966:

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

...

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

...

c) a quem, por qualquer meio ou forma, omissiva ou comissiva, embaraçar, dificultar ou impedir ação de fiscalização aduaneira, inclusive no caso de não-apresentação de resposta, no prazo estipulado, a intimação em procedimento fiscal;

Reclama que, “a despeito do que dispõe o art. 44, a autoridade fiscal deu ao auto de infração lavrado em face da Recorrente **enquadramento que trata de infração relacionada à falta de informação sobre carga transportada em veículo, prevista na alínea "e" daquele inciso**, tipificando, assim, **ERRONEAMENTE** a conduta”.

Aponta ofensa ao inciso IV do art. 10 do Decreto n.º 70.235, de 1972, que, combinado com o inciso II do art. 59 do mesmo Decreto n.º 70.235, de 1972, ensejariam a nulidade do Auto de Infração por cerceamento do direito de defesa:

Conclui-se, portanto, que a fundamentação legal da penalidade aplicada está errada, tornando nulo o auto de infração. O art. 10, IV, combinado com o art. 59, II, ambos do Decreto n.º 70.235/72 não deixam margem a dúvidas acerca da nulidade do auto de infração, eis que, uma vez mantido, estar-se-á CERCEANDO O DIREITO DE DEFESA da Recorrente, já que a penalidade aplicada não corresponde à infração supostamente praticada.

Não assiste razão à recorrente.

Primeiro porque a indicação de enquadramento legal incorreto não tem como consequência lógica e imediata a nulidade do Auto de Infração. Formalmente, eventual Auto de Infração que traga um enquadramento legal incorreto não deixa de cumprir os requisitos previstos no art. 10 do Decreto n.º 70.235, de 1972. Sendo o caso, cabe à interessada impugnar a matéria e ao julgador afastar a penalidade aplicada. Mas cerceamento do direito de defesa não há.

Segundo porque não há qualquer equívoco da fiscalização em relação ao enquadramento legal indicado no Auto de Infração.

Apesar de, ainda hoje, o art. 44 da IN SRF n.º 28, de 1994, trazer em seu texto que o descumprimento, pelo transportador, da obrigação de registrar no Siscomex os dados pertinentes ao embarque da mercadoria no prazo de sete dias constitui embaraço à atividade de fiscalização aduaneira, desde a publicação da Medida Provisória n.º 135, de 2003, convertida na Lei n.º 10.833, de 2003, que alterou o art. 107 do Decreto-lei n.º 37, de 1966, existe tipificação infracional específica para a conduta aqui discutida, qual seja, aquela disposta na alínea “e” do inciso IV do art. 107 do Decreto-lei n.º 37, de 1966:

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 estabelecidos 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; e

Dessarte, por haver multa específica prevista em Lei, não há mais que se falar na aplicação da multa por embaraço à ação de fiscalização aduaneira para as hipóteses de prestação de informação sobre os dados de embarque fora do prazo estabelecido pela RFB.

É dessa forma que tem se posicionado este Conselho, a exemplo dos Acórdãos 9303-003.559 e 9303-006.500, ambos da 3ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 28/05/2004

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 redação do artigo 61 da citada MP, posteriormente convertida na Lei 10.833/03.

(Acórdão 9303-003.559 - 3ª Turma, Processo 10283.002493/2009-93, Data 26/04/2016)

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Data do Fato Gerador: 19/06/2008

INFORMAÇÃO INTEMPESTIVA DE EMBARQUE DE MERCADORIA EXPORTADA. INAPLICABILIDADE DA MULTA DE EMBARAÇO À FISCALIZAÇÃO

O descumprimento do prazo para informações em Sistema Informatizado, administrado pela Alfândega da Receita Federal do Brasil, não configura a aplicação da penalidade de embarço a fiscalização, prevista no art. 107, inciso IV, alínea “c”, do Decreto-Lei 37/66.

(Acórdão 9303-006.500 - 3ª Turma, Processo 10907.001489/2008-42, Data 14/03/2018)

Diante disso, rejeito a segunda preliminar de nulidade de Auto de Infração, arguida pela recorrente em razão de suposta tipificação incorreta dos fatos.

Da impossibilidade de aplicação de norma não vigente

A recorrente faz um longo arrazoado na tentativa de demonstrar a inaplicabilidade, a três dos fatos geradores ocorridos antes de 15/02/2005, das alterações promovidas pela IN SRF nº 510, de 2005, e pela IN RFB nº 1.096, de 2010, no art. 37 da IN SRF nº 28, de 1994, mais especificamente no que diz respeito ao prazo para registro das informações no Siscomex.

Em síntese, pela sua interpretação, haveria uma impossibilidade de aplicação de penalidade para fatos anteriores a 15/02/2005, quando estava em vigência a redação original do art. 37 da IN SRF nº 28, de 1994, “em razão de inexistência de prazo determinado específico para inserção de dados de embarque no sistema, uma vez que o termo “imediatamente” gera dúvidas sobre sua imposição”, e que as alterações promovidas pela IN SRF nº 519, de 2005, e pela IN RFB nº 1.096, de 2010, que estabeleceram prazos de, respectivamente, dois e sete dias, não poderiam retroagir para agravar ou prejudicar a situação do suposto infrator.

Mais uma vez a recorrente inova em seus argumentos recursais, vez que a matéria não foi sequer ventilada em sua impugnação apreciada pela DRJ.

Sobre a inovação recursal e a preclusão consumativa que a atinge, colo excerto do voto do Conselheiro Márcio Robson Costa no Acórdão 3003-000.004 – Turma Extraordinária / 3ª Turma, prolatado em sessão do dia 11 de dezembro de 2018:

II – IMPOSSIBILIDADE DE ENFRENTAMENTO DA MATÉRIA INOVAÇÃO RECURSAL.

O recurso que ora se discute traz ainda no seu bojo argumentos acerca da nulidade do auto de infração em razão da atipicidade da conduta; a natureza jurídica da obrigação e a desproporcionalidade da pena aplicada, deixo de conhecer em parte, em razão da flagrante inovação recursal.

Oportuno ressaltar o inconveniente de se apreciar tais questões, tendo em vista que não foram objetos de impugnação na instância anterior.

Nesse sentido, os argumentos recursais apresentados em sede de recurso voluntário, reproduzidos neste relatório, evidenciam inovação da tese de defesa, já que apresentados somente nesta fase recursal, é o que revela a simples leitura das mencionadas peças defensivas, uma vez que não foi dada oportunidade de a instância de julgamento *a quo* apreciá-la, representando verdadeiro óbice, na medida em que importou em evidente impedimento de a Fazenda Nacional manifestar-se na ocasião apropriada, maculando, por conseguinte, o princípio do contraditório.

É defeso ao recorrente modificar o pedido ou invocar outra causa petendi (causa de pedir) nesta fase do contencioso administrativo, sob pena de violar o princípio da congruência e ofender aos preceitos ínsitos nos artigos 16 e 17 do Decreto n.º 70.235, de 1972, bem assim também, nos artigos 141, 223, 329 e 492 do Código de Processo Civil, mormente quando falece razão para somente nesta ocasião aduzir tais novos argumentos e/ou questionamentos, na medida em que não há justa causa para respectiva inovação argumentativa, afrontando, desse modo, o princípio da dialeticidade recursal.

Nesse sentido há inúmeros acórdãos proferidos por este órgão julgador, senão vejamos:

Processo n.º 10073.900754/200827 Acórdão 3001000.223

RELATOR: Orlando Rtigliani Berri.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 01/04/2002 a 30/06/2002

INOVAÇÃO DOS ARGUMENTOS DE DEFESA. SEDE RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.

Não se conhece de matéria em sede recursal fundamentada em argumentos díspares daqueles apresentados na fase de defesa administrativa anterior, pois viola o princípio da dialeticidade e suprime instância, exceção cabível apenas quanto àquelas de ordem pública, o que não é o caso nos autos sob exame.

Compactua do mesmo entendimento o julgador do acórdão n.º 1002000.159, proferido em 08/05/2018, conforme abaixo transcrito:

Processo n.º 13679.000561/200924 - EMENTA

Assunto: Obrigações Acessórias. Ano-calendário: 2009

MULTA POR ATRASO NA ENTREGA DE DECLARAÇÃO. ENTREGA EXTEMPORÂNEA DE DCTF. INCIDÊNCIA É devida a multa por atraso na entrega de DCTF entregue após o prazo fixado na legislação. INOVAÇÃO DA TESE DE DEFESA EM SEDE RECURSAL. PRECLUSÃO. NÃO CONHECIMENTO. *Não se conhece de matérias argüidas em sede recursal, mas não aventadas em sede de impugnação, sob pena de supressão de instância e violação do princípio do contraditório, exceto se forem matérias de ordem pública.*

Decisão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do recurso voluntário, deixando de conhecer a temática de denúncia espontânea por preclusão consumativa e, no mérito, por unanimidade, em lhe negar provimento.

(assinado digitalmente) Aílton Neves da Silva Presidente e Relator Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Aílton Neves da Silva (Presidente), Breno do Carmo Moreira Vieira, Leonam Rocha de Medeiros e Ângelo Abrantes Nunes.

Nesse sentido, deixo de conhecer dessa parte do recurso, devido a preclusão, conforme motivos e fundamentos acima expressos.

Convém ainda destacar que, caso a matéria não estivesse fulminada pela preclusão consumativa, no mérito não assistiria razão à recorrente.

A Câmara Superior de Recursos fiscais enfrentou a matéria em 14 de julho de 2020, e, por voto de qualidade, no Acórdão 9303-010.498, decidiu que o prazo para prestação de informações sobre os dados de embarque estabelecido pela IN SRF n.º 510, de 2005, deve ser considerado para fatos geradores ocorridos antes de 15/02/2005 (o mesmo raciocínio deve ser estendido para o prazo estabelecido pela IN RFN n.º 1.096, de 2010, por ser mais dilatado).

Transcrevo a seguir excerto do voto do Conselheiro Andrada Márcio Canuto Natal no Acórdão 3003-010.498 – CSRF / 3ª Turma, prolatado em sessão do dia 14 de julho de 2020:

Como visto, o acórdão recorrido entendeu não ser aplicável a referida multa, pois na época da infração, 26/08/2004, ainda não estava vigente a IN SRF n.º 510, de 14/02/2005, sendo que a norma vigente, IN SRF n.º 28/94, não dispunha de um prazo, mas sim de um conceito jurídico indeterminado “imediatamente após realizado o embarque”. Por sua vez o acórdão paradigma entendeu perfeitamente válido referido prazo imediato e manteve a exigência da multa regulamentar.

Essa matéria não é nova no âmbito deste colegiado. Fui relator do acórdão n.º 9303-005.995, de 29/11/2017, que abordou este mesmo assunto, sendo que o adoto como razão de decidir. Transcrevo abaixo o seu conteúdo, na parte de interesse do presente julgamento:

(...)

O assunto em exame não é novo. Este Colegiado teve oportunidade de discuti-lo recentemente, em decisão tomada nos autos do processo n.º 10689.000018/2009-10, acórdão n.º 9303-004.244, da relatoria do i. Conselheiro Júlio César Alves Ramos. Uma vez que partilhe do entendimento expresso no voto, reproduzo excertos dele extraídos, de onde se colhem os fundamentos que deram azo à decisão adotada, que acolho em sua integralidade, como se meus fossem.

A matéria, única, diz respeito à aplicabilidade, no ano de 2004, da penalidade capitulada no art. 107, IV, “e” do Decretolei n.º 37/1966, na redação dada pelo art. 77 da Lei n.º 10.833/2003. Diz o dispositivo:

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 estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal, aplicada à empresa de transporte internacional, inclusive a prestadora de serviços de transporte internacional expresso portaaporta, ou ao agente de carga;

Como facilmente se vê, a norma legal define com absoluta clareza a situação em que se configura a infração, o montante da penalidade aplicável e de quem ela deve ser exigida. Nenhum desses aspectos está em discussão.

Esta última se restringe à parte do dispositivo que remete à Secretaria da Receita Federal a fixação do prazo a ser observado pelos sujeitos passivos nela discriminados. À época dos fatos, tal prazo encontrava-se definido na Instrução Normativa SRF 28/94, nos seguintes termos:

Art. 37. Imediatamente após realizado o embarque da mercadoria, o transportador registrará os dados pertinentes, no SISCOMEX, com base nos documentos por ele emitidos. (destaquei)

E que essa disposição se refere à infração antes discutida di-lo o ato normativo expressamente:

Art. 44. O descumprimento, pelo transportador, do disposto nos arts. 37, 41 e § 3º do art. 42 desta Instrução Normativa constitui embarço 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.

Destarte, a situação parece bastante clara: há norma legal prevendo como infração a conduta de deixar de prestar no prazo informação considerada relevante ao controle aduaneiro. Esse dispositivo legal confere à Secretaria da Receita Federal competência para fixar tal prazo; a SRF o fixa, e o que se discute é se ele pode ou não ser aplicado (!?).

Assim colocadas as coisas, e diante das disposições regimentais que nos impedem de afastar ato legal regularmente editado e em vigor, parece-me faltar-nos competência para concluir, como feito pelo relator da decisão recorrida, que o prazo não poderia ser aplicado por não ser certo.

Ora, o dispositivo legal apenas exige que haja um prazo e que ele seja fixado pela SRF. Prazo há, dado que a Administração, mal ou bem, exerceu a competência que lhe foi legalmente atribuída. A conclusão parece evidente: deixar de observar tal prazo é deixar de aplicar a Lei.

O que nos é lícito fazer é, portanto, apenas interpretar a norma regulatória. Concretamente, fixar o que significa a expressão "imediatamente após" ínsita no ato normativo. Sobre isso, em nada diverjo das considerações expendidas no acórdão paradigma pelo ex Conselheiro Luiz Sérgio Fonseca Soares, a quem presto as homenagens devidas. Peço vênias para transcrevê-las aqui:

Quanto ao prazo do art. 37 da IN SRF 28/94, é descabida a afirmativa de que a expressão "Imediatamente após realizado o embarque da mercadoria..." possa ter o significado pretendido pela recorrente, a saber "o prazo possível do exportador poder aglomerar dados"(sic, fls). Primeiro, porque tal entendimento afronta o princípio da isonomia. Segundo, porque seria um prazo em aberto e indeterminado. Terceiro, porque os dados se baseiam nos documentos de emissão do próprio transportador, não sendo razoável que não estejam disponíveis e organizados. Quarto, porque a expressão "imediatamente após" tem sentido unívoco de "de imediato", que significa: 4. Filos. Diz-se de toda relação ou de toda ação em que os dois termos se relacionam sem que haja um terceiro que se interponha como intermediário. 1. Que não tem nada de permeio, próximo. 2 Rápido, instantâneo.... 3. Que (Se) segue, seguinte.: Novo Dicionário Aurélio. Imediato... assim se diz de tudo o que se segue, sem solução de continuidade. É o que vem logo, sem intermeio de

qualquer coisa..... Imediato dá, pois, idéia de instantâneo. De igual maneira, o advérbio imediatamente exprime bem a significação do que vem em seguimento, com a necessária presteza e brevidade, tão logo se tenha feito o que lhe antecede."(Vocabulário Jurídico, De Plácido e Silva). A expressão "imediatamente" repele a existência de prazo, sendo contraditório pensar-se em lapso de tempo, em termo inicial e termo final, no caso, entre o embarque da mercadoria e o registro de dados."

Disso resulta que, nos termos da IN a ser aplicada, o primeiro ato a ser cumprido pelo exportador, após o embarque da mercadoria, seria fornecer à Administração Aduaneira as informações requeridas, as quais inclusive, bem dito no voto paradigma, já se encontram prontas. Nesses termos, ainda que fossem elas apresentadas no dia seguinte, cabível seria a multa.

Para concluir, releva dizer que, a despeito das opiniões particulares que se tenha a respeito da aplicação retroativa dos prazos dilatados pelas instruções normativas que alteraram a IN SRF 28/94, o fato é que a própria Secretaria da Receita Federal do Brasil, por meio da Solução de Consulta Interna Cosit nº 8/08, admitiu tal possibilidade. Assim, não me parece razoável que este Conselho ignore uma interpretação do próprio Órgão autuante, flagrantemente favorável à empresa, ainda que, para uns ou outros, a retroação de prazos legais possa parecer indevida.

Sopesado isso, resta, contudo, esclarecer que nem mesmo os novos prazos legais beneficiam a autuada no caso concreto. De fato, como se depreende dos autos (e-folhas 62), os dados foram registrados no Siscomex quase quatro meses depois do embarque das mercadorias.

(...)

No presente caso, o contribuinte prestou a informação em 10/09/2004 e a data de embarque foi em 26/08/2004, portanto extrapolou inclusive o prazo ampliado de sete dias.

Dessarte, tendo em vista a ocorrência da preclusão consumativa, deixo de conhecer o recurso nessa parte.

Da prova imperfeita em razão da indisponibilidade do Siscomex

A recorrente tenta desqualificar a autuação afirmando “que não existe PROVA de que os REGISTOS efetuados pela Recorrente se deram a destempo, pois o Siscomex inegavelmente possui falhas técnicas que impedem a armazenagem das tentativas de registro por parte da Transportadora e, ainda, geram sua indisponibilidade por horas, ou mesmo dias, impedindo o registro de informações das mercadorias procedentes do exterior”.

Relata várias situações que entende serem falhas do sistema e traz cópias de três notícias obtidas no site da Anvisa que relatam indisponibilidade temporária ou instabilidade do Siscomex, nenhuma delas relativa ao período de ocorrência dos fatos geradores da multa em análise.

Apresenta cópia de e-mail enviado pela Infraero que comunica indisponibilidade dos sistemas aduaneiros em razão de manutenção elétrica, também relativo a período distinto ao aqui analisado.

Refere Ofício apresentado pelo Serpro nos processos judiciais 2010.51.01.005888-9 e 2010.51.01.005887-7, onde consta relação de panes registradas no Siscomex ao longo de 2004, anteriores, portanto, aos fatos geradores objetos da lide.

O que não fez a recorrente foi trazer qualquer informação que pudesse demonstrar que, ao contrário do que afirma a fiscalização e do que ela própria expressamente admitiu na impugnação, as informações sobre os dados de embarque foram registradas no Siscomex dentro do prazo estabelecido pela RFB, o que seria perfeitamente factível a ela, uma vez que, por ser responsável pelas informações prestadas à RFB, certamente possui um controle de quando isso ocorreu.

Não obstante, é de se observar que essa matéria de defesa trazida em fase recursal não foi abordada na impugnação ao Auto de Infração, sendo vedado a este Colegiado, pelas razões expressas no tópico anterior, dela conhecer.

Diante da inovação dos argumentos de defesa, por ter se operado a preclusão consumativa, deixo de conhecer o recurso nessa parte.

Da desoneração às exportações e da violação à finalidade do ato administrativo

O último argumento de defesa apresentado pela recorrente é mais uma inovação recursal, razão pela qual não deve ser conhecido.

A recorrente defende que o voo de que trata o Auto de Infração é um voo de exportação, desonerado pela legislação tributária, e que por isso a aplicação da multa somente poderia se dar se a conduta ocasionasse prejuízo ao interesse público ou ao fisco.

Diz que a multa não tem uma razão de existir, uma vez que não visa interesse da fiscalização ou da arrecadação de tributos. Acrescenta que a conduta da recorrente é irrelevante para o direito tributário e que não existe um interesse a ser protegido.

O que não compreendeu a recorrente é que o bem tutelado por essa multa é o controle aduaneiro, que, de fato, não possui nenhuma relação com o direito tributário.

Também esqueceu a recorrente que, nos termos do § 2º do art. 94 do Decreto-lei nº 37 de 1966, a responsabilidade pela infração é objetiva, e independe, inclusive, da extensão dos efeitos do ato.

Art.94 - Constitui infração toda ação ou omissão, voluntária ou involuntária, que importe inobservância, por parte da pessoa natural ou jurídica, de norma estabelecida neste Decreto-Lei, no seu regulamento ou em ato administrativo de caráter normativo destinado a completá-los.

...

§ 2º - Salvo disposição expressa em contrário, a responsabilidade por infração independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

Mas esses seriam argumentos para o enfrentamento do mérito.

No caso, tendo ocorrido a preclusão consumativa, não conheço do recurso nessa parte.

Conclusão

Diante do exposto, voto por conhecer em parte o Recurso Voluntário para, na parte conhecida, negar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Arnaldo Diefenthaler Dornelles