



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

Processo nº	10814.006330/2008-53
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	3302-005.317 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de	21 de março de 2018
Matéria	CONVERSÃO PENA DE PERDIMENTO EM MULTA
Recorrente	DELTA AIR LINES
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 04/12/2007

PENA DE PERDIMENTO. MERCADORIA NÃO LOCALIZADA. APLICAÇÃO DA MULTA EQUIVALENTE AO VALOR ADUANEIRO. POSSIBILIDADE.

Em relação à operação de importação, a pena de perdimento converte-se em multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria, quando a mercadoria importada, sancionável com a pena de perdimento, não for localizada ou consumida.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 04/12/2007

AÇÃO JUDICIAL COM OBJETO IDÊNTICO AO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. OCORRÊNCIA DE CONCOMITÂNCIA. RENÚNCIA À INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. CABIMENTO.

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial (Súmula CARF nº 1).

AUTO DE INFRAÇÃO. ATENDIMENTO DOS REQUISITOS MATERIAIS E FORMAIS. NULIDADE POR ILEGALIDADE. IMPOSSIBILIDADE.

Não é passível de nulidade o auto de infração que atende todos os requisitos materiais e formais exigidos por lei.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em conhecer, parcialmente, do recurso voluntário e, na parte conhecida, em rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, negar-lhe provimento, vencidos os Conselheiros Walker Araujo, Diego Weis Jr (Suplente convocado) e Raphael M. Abad que reconheciam a concomitância integral com a esfera judicial. O Conselheiro Paulo G. Dérouléde votou pelas conclusões em relação à impossibilidade de conhecimento de ofício da matéria relativa à ilegitimidade passiva.

(assinado digitalmente)

Paulo Guilherme Dérouléde - Presidente.

(assinado digitalmente)

José Fernandes do Nascimento - Relator.

Participaram do julgamento os Conselheiros Paulo Guilherme Dérouléde, Maria do Socorro Ferreira Aguiar, Walker Araújo, José Fernandes do Nascimento, Raphael Madeira Abad, Jorge Lima Abud, Diego Weis Junior e José Renato Pereira de Deus.

Relatório

Por bem descrever os fatos, adota-se o relatório que integra o acórdão recorrido, que segue integralmente transscrito:

Em 04/12/2007, a interessada tomou ciência do Auto de Infração e Termo de Guarda Fiscal lavrado em função da introdução irregular de sessenta volumes de mercadorias estrangeiras não listadas em manifesto de carga, cuja penalidade aplicada foi de perdimento, com valor total de R\$ 865.855,72.

Em 14/12/2007, a autuada impetrou mandado de segurança 2007.61.19.010041-9 para liberação das mercadorias, obtendo concessão parcial que determinou a abstenção temporária de qualquer ato tendente à decretação do perdimento.

Em 15/02/2008, decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região determinou a liberação das mercadorias para continuidade do despacho aduaneiro, sendo, em 20/02/2008, os conhecimentos aéreos redispõnibilizados e as mercadorias liberadas para despacho aduaneiro, sendo as mercadorias desembaraçadas e entregues aos respectivos proprietários.

Em 29/02/2008, a Inspetoria do Aeroporto Internacional de São Paulo tomou ciência da decisão proferida no processo 2007.61.19.010041-9, denegando a segurança, estando as mercadorias definitivamente como objeto de perdimento.

Quando o judiciário tornou sem efeito a decisão exarada no mandado de segurança 2007.61.19.010041-9, a fiscalização intimou a interessada a entregar as mercadorias passíveis de pena de perdimento, obtendo como resposta a impossibilidade de apresentação das mesmas em virtude de sua retirada do terminal de cargas e entrega aos clientes para consumo, sendo, por essa

razão, lavrado o presente auto de infração, de conversão da pena de perdimento em multa correspondente ao valor aduaneiro da mercadoria.

Intimada da exação em tela, a autuada apresentou impugnação, alegando, em síntese, que a multa não é cabível em razão de que:

- em 12/05/2008, a 6ª Vara Federal de Guarulhos proferiu decisão recebendo no duplo efeito o recurso de apelação interposto contra sentença proferida nos autos do mandado de segurança 2007.61.19.010041-9, revigorando os efeitos da liminar concedida pelo TRF3 e suspendendo a eficácia da r. sentença de primeiro grau até decisão final de mérito do Poder Judiciário.

- o Regulamento Aduaneiro prevê a substituição dos documentos faltantes, não gerando o perdimento das mercadorias.

- todas as informações das mercadorias estavam disponíveis, o que comprova a sua regularidade.

- não houve dano ao erário.

- foram afrontados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

- a apreensão gerou prejuízos à rede pública de saúde.

- a conversão da pena de perdimento não é possível em razão de o próprio Fisco ter entregado as mercadorias.

- caso houvesse penalidade seria pela falta de manifesto ou de declaração quanto à carga.

A DRJ/SP proferiu o Acórdão 16-37.831, de 19/04/2012, entendendo, em face do princípio constitucional de unidade de jurisdição, que a existência de impugnação em que se discute matéria cujo objeto, além de idêntico, tem repercussão direta no resultado da ação judicial movida pela impugnante importa renúncia às instâncias administrativas, sendo de se aplicar o que for definitivamente decidido no âmbito do poder judiciário, considerando não conhecida a impugnação e o crédito mantido.

O CARF anulou o Acórdão em razão de cerceamento de defesa por não ter sido apreciado o tópico da impugnação sobre inexigibilidade da multa imposta.

Sobreveio a nova decisão de primeira instância (fls. 875/880), em que, por unanimidade de votos, a impugnação foi julgada improcedente e o crédito tributário integralmente mantido, com base no fundamento resumido no enunciado da ementa que segue transscrito:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 04/12/2007

Conversão da Pena de Perdimento em Multa equivalente ao Valor Aduaneiro da Mercadoria.

Não sendo possível a aplicação de pena de perdimento em razão da não localização ou consumo da mercadoria, aplica-se a multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Em 15/4/2016, a recorrente foi cientificada da decisão. Inconformado, em 11/5/2016, juntou o recurso voluntário de fls. 890/900, em que reafirmou as razões de defesa suscitadas na peça impugnatória.

Em aditamento, a recorrente alegou, em preliminar, a nulidade da decisão recorrida e da respectiva notificação. No mérito, alegou: a) inaplicabilidade da multa por conversão da pena de perdimento, com base nos seguintes argumentos: a.1) não era cabível a aplicação da multa, prevista no art. 73 da Lei 10.833/2003, pois não se estava diante de situação de impossibilidade de apreensão de mercadorias, em razão de sua não localização ou consumo, mas sim a liberação das mercadorias supostamente sujeitas à aplicação da pena de perdimento mediante decisão judicial; a.2) a liberação das mercadorias por ordem judicial e regular despacho aduaneiro de importação, com o pagamento dos tributos devidos, não havia que se falar em conversão da pena de perdimento; a.3) a liberação de mercadorias por determinação judicial configurava ato jurídico perfeito não passível de nulidade, por conseguinte, a aplicação da questionada penalidade implicava desrespeito ao princípio da separação dos poderes; e

b) ilegitimidade passiva, sob o argumento de que a multa em apreço não podia ser-lhe aplicada, uma vez que não era ela proprietária da mercadoria, mas mera transportadora.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Fernandes do Nascimento, Relator.

O recurso foi apresentado tempestivamente, trata de matéria da competência deste Colegiado e preenche os demais requisitos de admissibilidade, porém, pelas razões a seguir expostas, deve ser parcialmente conhecido.

A lide envolve questões preliminar e de mérito.

Em sede de preliminar, a recorrente alegou a nulidade da decisão recorrida e da respectiva notificação, sob o argumento de que, estando suspensa a exigibilidade dos créditos tributários em discussão, não se mostrava cabível o julgamento da presente demanda e, em consequência, a intimação da recorrente acerca do julgado.

Além do julgamento da lide e sua notificação não ser motivo de nulidade das respectivas decisão e notificação, a alegação da recorrente conflita com a alegação e o pedido por ela formulado na primeira peça recursal (fls. 757 e ss.), no sentido de que houvesse o julgamento da questão sobre aplicação da multa em apreço, o que resultou, inclusive, na decretação da nulidade da primeira decisão (fls. 745/748) proferida pelo órgão de julgamento a

quo por cerceamento do direito defesa e a prolação da decisão recorrida, objeto do recurso em apreço

Assim, uma vez que se trata de julgamento realizado a pedido da própria recorrente e determinado por este Conselho, conforme a seguir demonstrado, revela-se contraditória a alegação da recorrente.

Dessa forma, como não se vislumbra qualquer motivo de nulidade da decisão recorrida e tampouco da correspondente notificação, afasta-se a presente preliminar de nulidade.

No mérito, a lide cinge-se à apreciação da legalidade da aplicação da multa por conversão da pena de perdimento, formalizada por meio do auto de infração de fls. 374/377, que foi a matéria delimitada no Acórdão nº 3201-001.962 (fls. 859/864) proferido pelos membros da 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara deste Conselho, conforme excertos extraídos do voto condutor do referido julgado, que seguem transcritos:

Já o presente processo refere-se a auto de infração lavrado em 07/04/2008 que exige a multa decorrente da conversão da pena de perdimento destas mesmas mercadorias, que não foi implementada devido a impossibilidade da apreensão destas.

A Recorrente, em sua peça impugnatória, apresenta alegações contrárias a exigência que não foram submetidos ao Poder Judiciário, notadamente a apresentada no tópico 2.1 (Da inexigibilidade da multa ora imposta), devendo, portanto, ser objeto de julgamento administrativo.

Outros pontos, contudo, notadamente os itens 2.2 (Do descabimento da apreensão e perdimento de cargas no caso) e 3 (Dos prejuízos decorrentes da apreensão), encontram-se abarcados no Mandado de Segurança em comento, de forma que o julgador administrativo não tem competência para julgar tais pontos.

Em sendo estes os fatos, constata-se que o órgão a quo deixou de julgar questão apresentada pela Recorrente que deveria apreciar, delimitada no tópico 2.1 (Da inexigibilidade da multa ora imposta) da peça impugnatória.

Tal fato configura cerceamento ao direito de defesa da Recorrente, resultando, conforme previsto no artigo 29, II, do Decreto nº 70.235/72, na nulidade da decisão proferida.

Em consonância com o decidido no referido julgado, a Turma de Julgamento de primeiro grau limitou-se em apreciar apenas a questão atinente a aplicação da referida multa, que foi formalizada após decisão proferida no âmbito do mandado de segurança nº 2007.61.19.010041-9, que denegou a segurança pleiteada pela autuada em juízo.

E no curso do procedimento fiscal, a recorrente foi devidamente intimada a entregar as mercadorias, para que fosse dada a continuidade ao procedimento de aplicação da pena de perdimento, formalizada por meio do Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal de fls. 4/39, integrante do processo nº 10814.021769/2007-25. Entretanto, em resposta a impossibilidade de apresentação das mercadorias, em virtude de sua retirada do

terminal de cargas e entrega aos clientes para consumo, é que foi lavrado o presente auto de infração, para exigência da multa substitutiva da pena de perdimento correspondente ao valor aduaneiro das mercadorias, relacionadas nos autos do referido processo de perdimento, com respaldo no art. 73 da Lei 10.833/2003, combinado com o disposto no art. 23, § 3º, do Decreto-lei 1.455/1976, a seguir transcritos:

Lei 10.833/2003:

Art. 73. Verificada a impossibilidade de apreensão da mercadoria sujeita a pena de perdimento, em razão de sua não-localização ou consumo, extinguir-se-á o processo administrativo instaurado para apuração da infração capitulada como dano ao Erário.

§ 1º Na hipótese prevista no caput, será instaurado processo administrativo para aplicação da multa prevista no § 3º do art. 23 do Decreto-Lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976, com a redação dada pelo art. 59 da Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002.

§ 2º A multa a que se refere o § 1º será exigida mediante lançamento de ofício, que será processado e julgado nos termos da legislação que rege a determinação e exigência dos demais créditos tributários da União.

Decreto-lei 1.455/1976:

Art. 23. Consideram-se dano ao erário as infrações relativas às mercadorias:

[...]

§ 1º O dano do erário decorrente das infrações previstas no caput deste artigo, será punido com a pena de perdimento das mercadorias.

[...]

§ 3º As infrações previstas no caput serão punidas com multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria, na importação, ou ao preço constante da respectiva nota fiscal ou documento equivalente, na exportação, quando a mercadoria não for localizada, ou tiver sido consumida ou revendida, observados o rito e as competências estabelecidos no Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972. (Redação dada pela Lei nº 12.350, de 20 de dezembro de 2010)

[...] (grifos não originais)

Por sua vez, a recorrente alegou a improcedência da autuação em apreço, com base no argumento de que: a.1) não era cabível a aplicação da multa por conversão da pena de perdimento, prevista no art. 73 da Lei 10.833/2003, pois não se estava diante de situação de impossibilidade de apreensão de mercadorias, em razão de sua não localização ou consumo, mas sim a liberação das mercadorias supostamente sujeitas à aplicação da pena de perdimento mediante decisão judicial; a.2) a liberação das mercadorias por ordem judicial e regular despacho aduaneiro de importação, com o pagamento dos tributos devidos, não havia que se falar em conversão da pena de perdimento; a.3) a liberação de mercadorias por determinação judicial configurava ato jurídico perfeito não passível de nulidade, por

conseguinte, a aplicação da questionada penalidade implicava desrespeito ao princípio da separação dos poderes.

Sem razão a recorrente. A uma, porque não há, nos citados preceitos legais, qualquer ressalva quanto ao motivo da não localização das mercadorias. A dois, porque a própria recorrente informou à fiscalização que não dispunha das mercadorias objeto do perdimento. A três, porque ao entregar as mercadorias aos destinatários, antes de proferida a decisão final na esfera judicial, a recorrente sabia ou deveria saber dos riscos dessa decisão, logo, deve responder pelas consequências jurídicas decorrentes desse procedimento.

A recorrente ainda alegou ilegitimidade passiva, sob o argumento de que a multa em apreço não podia ser-lhe aplicada, uma vez que não era ela a proprietária da mercadoria, mas mera transportadora.

Além dessa questão não ter sido suscitada na fase impugnatória, inequivocamente, ela imprescinde da análise da prática da infração por dano erário imputada à recorrente, e sancionada com a pena perdimento, ou seja, se a recorrente cometeu ou não a infração capitulada no art. 105, I, do Decreto-lei 37/1966, combinado com o disposto no art. 23, IV, do Decreto-lei 1.455/1976, a seguir transcritos:

Art. 105 - Aplica-se a pena de perda da mercadoria:

I - em operação de carga ou já carregada, em qualquer veículo ou dele descarregada ou em descarga, sem ordem, despacho ou licença, por escrito da autoridade aduaneira ou não cumprimento de outra formalidade especial estabelecida em texto normativo;

[...].

Decreto-lei 1.455/1976:

Art. 23. Consideram-se dano ao erário as infrações relativas às mercadorias:

[...]

IV - enquadradas nas hipóteses previstas nas alíneas "a" e "b" do parágrafo único do artigo 104e nos incisos I a XIX do artigo 105, do Decreto-lei número 37, de 18 de novembro de 1966.

[...]

§ 1º O dano do erário decorrente das infrações previstas no caput deste artigo, será punido com a pena de perdimento das mercadorias.

[...]

Entretanto, como essa matéria encontra-se sob o crivo do Poder Judiciário, não cabe a este Colegiado apreciá-la, em razão da renúncia à instância administrativa, determinada no art. 38, parágrafo único, da Lei 6.830/1980. Esse entendimento, inclusive, encontra-se sumulado neste Conselho por meio da Súmula CARF nº 1, que têm o seguinte teor:

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

Da mesma forma, manifestou-se o nobre Relator do voto condutor do julgado recorrido, conforme se extrai dos excertos a seguir transcritos:

Conforme consta dos autos, e bem especificado no relatório precedente a este voto, a infração cometida, passível da pena de perdimento, e neste processo convertida em multa equivalente ao valor aduaneiro das mercadorias pelas razões antes explicitadas, foi a introdução irregular de sessenta volumes de mercadorias estrangeiras não listadas em manifesto de carga, caracterizada pelo Art. 618, inciso I, do Decreto 4.543/02 – Regulamento Aduaneiro vigente à época dos fatos.

Por outro lado, a decisão final sobre a pertinência, ou não, da aplicabilidade da pena de perdimento ao caso concreto encontra-se sub judice, e não será aqui analisada. Neste ponto apenas se quer registrar que havendo possibilidade de o Poder Judiciário decidir em última instância, com trânsito em julgado, pela sua aplicabilidade à hipótese descrita nos autos, vem à tona, com clareza, o direito/dever que incumbia à autoridade fiscal competente de preventivamente proceder ao lançamento da multa objeto do presente processo, diante do consumo das referidas mercadorias após sua liberação por força de decisão judicial liminar.

Resta evidente que, se assim não procedesse o Fisco, quando o Poder Judiciário vier a decidir a questão em termos definitivos, sem possibilidade de recurso, poderia já haver se esvaído o prazo decadencial para o lançamento da multa equivalente ao valor aduaneiro das mercadorias. Nos termos da legislação vigente, a Fazenda dispõe de prazo legal limite para exercer o direito de constituir o seu crédito por meio do lançamento. Este prazo não se sujeita a suspensão ou interrupção em face do depósito judicial do valor devido. A suspensão regulada pelo Art. 151 do CTN paralisa temporariamente o exercício efetivo do poder de execução, mas não suspende a prática do ato de lançamento, decorrente de atividade administrativa vinculada e obrigatória, necessária para evitar a decadência do poder de lançar.

Outros pontos, contudo, notadamente os itens 2.2 (Do descabimento da apreensão e perdimento de cargas no caso) e 3 (Dos prejuízos decorrentes da apreensão), encontram-se abarcados no Mandado de Segurança em comento, de forma que o julgador administrativo não tem competência para julgar tais pontos, conforme bem disse o CARF, pois a opção pela via judicial impõe renúncia da autuada ao seu direito de impugnar a presente exigência administrativamente nos supracitados tópicos. Com efeito, à “coisa julgada” a ser proferida no âmbito do Judiciário não cabe alteração na via administrativa sob pena de contrariar preceito constitucional que adota o modelo de jurisdição una em que são soberanas as decisões judiciais.

Assim, seja porque não foi suscitada na fase impugnatória, seja porque trate-se de questão que envolve apreciação de matéria sob apreciação do Poder Judiciário, não se toma conhecimento da alegada ilegitimidade passiva.

Por todo o exposto, vota-se pelo conhecimento parcial do recurso e, na parte conhecida, para rejeitar a preliminar de nulidade suscitada e, no mérito, negar provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

José Fernandes do Nascimento