



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

Processo nº 10814.723713/2014-38
Recurso nº De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 3401-003.251 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de setembro de 2016
Matéria ADUANA - ARMAZENAGEM - PENALIDADES
Recorrentes CONCESSIONÁRIA DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE
GUARULHOS S/A
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 20/12/2013

DECADÊNCIA. MULTAS. PRAZO QUINQUENAL. TERMO INICIAL.
DATA DA INFRAÇÃO.

A teor do art.139 do Decreto-Lei nº 37, de 1966, extingue-se no prazo de cinco anos, a contar da data da infração, o direito de impor penalidade por inobservância da legislação aduaneira.

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Data do fato gerador: 20/12/2013

BASE DE CÁLCULO. QUANTIFICAÇÃO. HIPÓTESE DE IMPOSSIBILIDADE DE IDENTIFICAÇÃO DA MERCADORIA IMPORTADA. ART. 67 DA LEI Nº 10.833/2003.

Mostra-se equivocado o levantamento da base de cálculo, com lastro no art. 67 da Lei nº 10.833/03, quando impossível a identificação da mercadoria importada em razão de seu extravio ou consumo, que toma como semestre de referência período que não guarda consonância com o momento em que se verificou o ingresso da mercadoria em território aduaneiro, mormente quando sequer observa o período semestral, o que torna o crédito tributário insubsistente.

VOLUMES NÃO LOCALIZADOS/EXTRAVIADOS. MULTA. DEPOSITÁRIO. CABIMENTO.

Considera-se o depositário responsável pelos créditos relativos aos tributos e direitos correspondentes às mercadorias extraviadas, na importação, quando sob sua custódia, uma vez inexistente qualquer excludente de responsabilidade, o que rende ensejo à aplicação da penalidade prevista no art. 107, VII, “a” do Decreto-Lei nº 37/1966.

Recurso de ofício negado e recurso voluntário negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso de ofício. O conselheiro Eloy Eros da Silva Nogueira votou pelas conclusões e solicitou apresentação de declaração de voto. Quanto ao recurso voluntário, por maioria de votos, negar provimento, vencido o conselheiro Eloy Eros da Silva Nogueira, que convertia o julgamento em diligência. Sustentou pela recorrente o advogado Mauro Berenholc, OAB/SP nº 104.529..

Robson José Bayerl – Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Robson José Bayerl, Rosaldo Trevisan, Augusto Fiel Jorge D'Oliveira, Eloy Eros da Silva Nogueira, Fenelon Moscoso de Almeida, Rodolfo Tsuboi e Leonardo Ogassawara de Araújo Branco.

Relatório

Trata-se de auto de infração para exigência de II, IPI, PIS/Cofins-Importação e consectários, multa equivalente ao valor aduaneiro e multa por ausência de volume, tal como constatado em procedimento próprio, o extravio ou não localização de volumes armazenados sob custódia da Concessionária do Aeroporto Internacional de Guarulhos S/A – GRU AIRPORT.

Narra a fiscalização, a par do extravio/não localização de volumes, que a responsabilidade do depositário decorreria, além da previsão legal, da assinatura de contrato de concessão para ampliação, manutenção e exploração do terminal aeroportuário, bem como, do próprio alfandegamento do recinto, submetido ao regime de funcionamento ininterrupto; e, que, ante a impossibilidade de identificação e quantificação da mercadoria não localizada, adotara o procedimento previsto no art. 67 da Lei nº 10.833/03.

O lançamento foi cientificado ao sujeito passivo em 09/05/2014 (fls. 194).

Em impugnação o contribuinte esclareceu que todas as mercadorias objeto do lançamento foram consideradas abandonadas, a partir da análise do sistema MANTRA e que as condições para decretação do abandono foram preenchidas no período 2008/2009; alegou que apenas em 13/12/2013 as autoridades aduaneiras buscaram informações sobre ditas mercadorias; que duas cargas haviam sido localizadas, que parte das mercadorias já havia sido encaminhada ao setor competente da alfândega; que teria se verificado o decurso do prazo prescricional para exercício do direito indenizatório pela Fazenda Nacional, nos termos do art. 60 do DL 37/66 c/c Decreto nº 1.102/1903; que não possuía legitimidade passiva para figurar na autuação, ante a inexistência de sucessão entre a INFRAERO, antiga concessionária, e o recorrente, que assumiu a concessão do terminal em 2012, de sorte que não lhe pode ser imputado o extravio/não localização de 27 (vinte e sete) cargas, que foram objeto de solicitação de perdimento ainda sob a administração da INFRAERO; que em função dessa situação haveria nulidade da exigência, citando jurisprudência; que seria impossível a aplicação da multa equivalente ao valor aduaneiro, decorrente da conversão da pena de perdimento, porque

destinada àquele que abandonou a mercadoria e não ao depositário; que a atribuição da responsabilidade pelo extravio/não localização à recorrente estaria amparada em mera presunção, o que tornaria nula a pretensão; que faltaria tipicidade para cobrança dos tributos incidentes sobre as operações de importação; violação ao art. 112 do CTN; que seria inaplicável a multa prevista no art. 107, VII, “a” do DL 37/66, pois os bens, quando da constatação da falta, já não mais estavam sob controle aduaneiro; que haveria enriquecimento sem causa da Fazenda Nacional, desproporcionalidade e falta de razoabilidade quanto ao montante da multa exigida, citando jurisprudência; que teria sido violado o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT), na quantificação do valor que serviu de base para o lançamento; que descaberia a exigência de multas tributárias por sucessão; que as autoridades aduaneiras foram omissas na aplicação da pena de perdimento à mercadoria abandonada; que não caberia a aplicação da multa de 50% sobre o II e o IPI; e, que houve abuso no arbitramento da base de cálculos das mercadorias extraviadas, citando jurisprudência.

A DRJ Florianópolis/SC acolheu em parte o recurso e exonerou a multa equivalente ao valor aduaneiro, os tributos e consectários legais, mantendo apenas parcela da multa prevista no art. 107, VII “a” do DL 37/66, em decisão assim ementada:

“ABANDONO. PENA DE PERDIMENTO. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. CONVERSÃO. APLICAÇÃO.

A legislação tributária aplica-se imediatamente aos fatos geradores futuros e aos pendentes, assim entendidos aqueles cuja ocorrência tenha tido início mas não esteja completa nos termos do artigo 116 da Lei nº 5.172/66, o que não é o caso da infração decorrente do abandono de mercadorias. Não deve ser aplicada legislação de 2010, em autuação de 2014, para fatos geradores de infrações ocorridas entre os anos de 2007 e 2008.

A conversão da pena de perdimento em multa equivalente ao valor aduaneiro não pode alcançar pessoa diversa daquela que tenha concorrido para a prática da infração.

VOLUME. NÃO LOCALIZADO. DEPOSITÁRIO. MULTA.

Aplica-se a multa, ao depositário, por volume, depositado em local ou recinto sob controle, que não seja localizado.

ARBITRAMENTO. BASE DE CÁLCULO. SEMESTRE ANTERIOR. AMOSTRAGEM INADEQUADA.

Havendo sido utilizados dados diversos daqueles prescritos no §1º do artigo 67 da Lei nº 10.833/03, os valores utilizados para compor a base de cálculo da multa equivalente ao valor aduaneiro, tributos e consectários estão eivados de vício insanável, restando maculadas as respectivas autuações.

ARGÜIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADES. INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS. COMPETÊNCIA.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de argüições de inconstitucionalidade e ilegalidade, restringindo-se a instância administrativa ao exame da validade jurídica dos atos praticados pelos agentes do fisco.

FATO GERADOR DOS TRIBUTOS. MERCADORIA EXTRAVIADA.

Para efeito de ocorrência do fato gerador do Imposto de Importação, Imposto sobre Produtos Industrializados e das Contribuições para Pis/Pasep-Importação e Cofins-Importação, consideram-se entrados/desembarçados no território aduaneiro os bens que constem como tendo sido importados e cujo extravio tenha sido verificado pela autoridade aduaneira.”

Da parte exonerada houve interposição de recurso de ofício.

Em recurso voluntário o contribuinte sustentou localização de duas das quarenta e uma cargas extraviadas; ilegitimidade passiva; decadência para exigência da multa; impossibilidade de emprego de mera presunção para lastrear a autuação; violação ao art. 112 do Código Tributário Nacional; e, atipicidade, no caso dos autos, da conduta prevista no art. 107, VII, “a” do DL 37/66.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Robson José Bayerl, Relator

Recurso de ofício

A remessa necessária atende aos pressupostos para sua interposição, devendo ser conhecido.

A exoneração de parcela do crédito se deveu, no caso da multa equivalente ao valor aduaneiro, principalmente pela parcial atipicidade da conduta e decadência do direito de constituição do crédito correspondente, como se extrai do seguinte excerto do voto vencedor:

“Embora a fiscalização não tenha designado expressamente no auto de infração qual a conduta específica tida por danosa ao Erário (qual dos incisos do artigo 23 do Decreto-Lei nº 1.455/76 ou do artigo 689 do Decreto nº 6.759/09) e, portanto apta à aplicação da pena de perdimento ou alternativamente multa equivalente ao valor aduaneiro, pode-se inferir tanto em face do tempo decorrido como das anotações em alguns dos extratos do sistema ‘Siscomex – Mantra Importação’ de folhas 28 a 142, que as mercadorias foram consideradas ‘abandonadas’ (90 DIAS SEM VINCULAÇÃO. APLICAR IN 69/99, exemplo fl. 52) por seus consignatários (possíveis importadores), sendo passíveis de aplicação do disposto no artigo 23, inciso II do Decreto-Lei nº 1.455/76 (redação anterior à vigência da Lei nº 10.637/02):

(...)

A análise do dispositivo legal revela que o legislador pretendeu punir, por dano ao Erário, a conduta do importador que, após realizar a trazida do exterior de mercadorias, permanece inerte sem que o seu respectivo despacho aduaneiro no País seja realizado. Caracterizado o desinteresse em promover o despacho, frente ao correr do tempo (90 dias), as mercadorias são consideradas abandonadas e, então, pode a Fazenda aplicar a pena de perdimento e fazer a destinação das mercadorias conforme o previsto na legislação de regência, evitando assim que mercadorias estrangeiras fiquem

indefinidamente armazenadas em depósitos alfandegados, ocupando precioso espaço e recursos financeiros e de logística.

A impugnante, até onde se sabe, não importou as mercadorias estrangeiras, nem tão pouco poderia permanecer inerte em relação ao início do respectivo despacho aduaneiro. A rigor não possuía tal direito e, muito menos, o dever. O detentor do direito/dever de providenciar o despacho das mercadorias era o respectivo importador (consignatário) das mesmas. O interessada não se reveste, na condição dos autos, da atribuição de importador, mas sim de fiel depositário.

Neste ponto é importante trazer o disposto no § 3º do artigo 23 do Decreto-Lei nº 1.455/76, reproduzindo as modificações que foram introduzidas ao longo do tempo:

(...)

Até a mudança promovida pela Lei nº 10.637, de 30/12/2002(DOU de 31/12/2002) a infração em tela era punida exclusivamente com a aplicação da pena de perdimento.

A partir da vigência da Lei nº 10.637, de 30/12/2002(DOU de 31/12/2002) a infração em tela, primariamente, continuou a ser punida com a pena de perdimento (§ 1º), contudo houve a inclusão da hipótese de conversão da pena de perdimento em multa equivalente ao valor aduaneiro quando as mercadorias suscetíveis de apreensão não fossem localizadas - § 3º.

Esta redação do § 3º permaneceu inalterada até a Medida Provisória nº 497, de 27/07/2010 (DOU de 28/07/2010 e retificada no DOU de 29/07/2010) dar nova redação ao comando legal, afastando a conversão da pena de perdimento e criando verdadeira penalidade autônoma (na hipótese de não localização da mercadoria). A Lei nº 12.350/2010 (DOU de 21/12/2010) converteu a Medida Provisória sem modificações na redação do citado § 3º.

Quanto à aplicação da legislação tributária, é importante trazer o disposto nos artigos 105, 115 e 116 da Lei nº 5.172/66 (Código Tributário Nacional - CTN):

(...)

Assim, para as infrações cometidas até 30/12/2002 a única penalidade aplicável é a pena de perdimento. Para as infrações cometidas entre 31/12/2002 e 27/07/2010 a penalidade aplicável é a pena de perdimento, contudo se não forem localizadas as mercadorias, referida penalidade é convertida em multa equivalente ao valor aduaneiro. Finalmente, se a infração foi cometida a partir de 28/07/2010 pode ser aplicada uma de duas penalidades distintas, a depender da localização ou não das mercadorias: se localizadas, aplica-se a pena de perdimento; se não localizadas, aplica-se multa equivalente ao valor aduaneiro das mercadorias (não há conversão, mas sim aplicação de penalidade específica para a hipótese do caput).

A infração em trato tem momento específico para sua caracterização: 90 dias após a descarga das mercadorias. Considerando as datas consignadas nos documentos inicialmente citados, não restam dúvidas de que a conduta tida por danosa ao Erário foi cometida em diversos momentos distintos, entre os anos de 2007 e 2008 (90 dias após cada uma das descargas).

Portanto, a fiscalização não poderia aplicar aos fatos geradores já ocorridos (efeitos produzidos) a inovação trazida pela Lei nº 12.350/2010, vez que o abandono (infração primariamente punida com a pena de perdimento) já era de conhecimento da fiscalização em data muito anterior à resposta formalmente dada pelo depositário e relacionada à não localização das mercadorias (a hipótese de 'não localização das mercadorias' não se confunde com a hipótese caracterizadora do fato gerador da infração – 'abandono').

Para os fatos geradores das infrações acontecidos entre 31/12/2002 e 27/07/2010 poderia ser aplicada a hipótese de conversão da pena de perdimento criada pela Lei nº 10.637/02. Contudo, neste caso a 'conversão' somente poderia alcançar aquele que cometeu a infração (se for o caso os responsáveis solidários também), o que não é o caso da impugnante, que como dito anteriormente não 'abandonou' a mercadoria (nem pode ser considerada responsável solidária por esta infração), apenas atuava como depositária.

Ocorre que a multa prevista no § 3º do artigo 23, do Decreto-Lei nº 1.455/76 (redação dada, ao tempo do fato gerador da infração, pela Lei nº 10.637/02) tem por sujeito passivo aquele que tenha sido punido ou que seria punido com a pena de perdimento, mas que em face da não localização das mercadorias ou seu consumo não apresente as mesmas à autoridade aduaneira, situação que não se vislumbra no presente caso, dado que a pena de perdimento tem, ou teria, como sujeito passivo pessoa divergente da interessada.

Em outras palavras, não foi a interessada a responsável pela conduta que tipificaria a aplicação da pena de perdimento no presente caso. Sua condição era de depositária da mercadoria. Portanto, a 'conversão' somente poderia alcançar aquele que cometeu a infração (se for o caso os responsáveis solidários também), o que não é o caso da impugnante, que, reitera-se, não 'abandonou' a mercadoria, apenas atuava como depositária.

A pena de perdimento, se aplicada, seria a terceiros, outros que não a interessada, de maneira que a presente 'conversão' em verdade está inclusive a aplicar a penalidade pecuniária para quem não teria contra si aplicada a pena de perdimento. Em verdade está convertendo não somente a pena, mas também o contribuinte, situação não compatível com a legislação que rege a matéria.

Outro aspecto, não menos importante, é que, ao regulamentar a matéria, o Decreto nº 4.543/02 estabeleceu marcos temporais para o direito de impor penalidade, inclusive para a hipótese de perdimento: 5 anos a contar da data da infração, como se depreende dos artigos 604 e 669 vigentes ao tempo da prática das infrações (Decreto nº 6.759/09 artigos 675 e 753 vigentes ao tempo da lavratura da autuação):

(...)

Como dito até aqui, os fatos geradores da infração em tela ocorreram entre os anos de 2007 e 2008, portanto quando da lavratura da autuação (29/04/2014, fl. 171) e respectiva ciência (fl. 195, 14/05/2014) já haviam se passado mais de 5 anos do direito de a Fazenda impor penalidade.

Assim, seja em razão da identificação do sujeito passivo da infração, seja em razão da legislação aplicável ao tempo da ocorrência dos fatos geradores, seja em razão do prazo para impor a penalidade, a multa equivalente ao valor aduaneiro, decorrente da não localização das mercadorias sujeitas à aplicação da pena de perdimento (por abandono), não pode prosperar.” (destacado)

A leitura do texto reproduzido evidencia a concorrência de razões para exoneração da multa equivalente, seja pela atipicidade, seja aplicação intertemporal do direito ou pela decadência. Entretanto, a decadência, como questão preliminar de mérito, na técnica processual, deve preceder às demais matérias, razão porque, sendo suficiente para afastar a exigência fiscal, prejudica o exame das demais.

Nesta senda, tem-se que, pela redação dos citados arts. 23 do DL 1.455/76 e 675 e 753 do Decreto nº 6.759/09, que aprova o Regulamento Aduaneiro, mostra-se acertado o raciocínio engendrado pelo voto vencedor, senão veja-se:

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

I - importadas, ao desamparo de guia de importação ou documento de efeito equivalente, quando a sua emissão estiver vedada ou suspensa na forma da legislação específica em vigor;

II - importadas e que forem consideradas abandonadas pelo decurso do prazo de permanência em recintos alfandegados nas seguintes condições:

a) 90 (noventa) dias após a descarga, sem que tenha sido iniciado o seu despacho; ou

b) 60 (sessenta) dias da data da interrupção do despacho por ação ou omissão do importador ou seu representante; ou

c) 60 (sessenta) dias da data da notificação a que se refere o artigo 56 do Decreto-Lei número 37, de 18 de novembro de 1966, nos casos previstos no artigo 55 do mesmo Decreto-lei; ou

d) 45 (quarenta e cinco) dias após esgotar-se o prazo fixado para permanência em entreposto aduaneiro ou recinto alfandegado situado na zona secundária.

III - trazidas do exterior como bagagem, acompanhada ou desacompanhada e que permanecerem nos recintos alfandegados por prazo superior a 45 (quarenta e cinco) dias, sem que o passageiro inicie a promoção, do seu desembarço;

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

V - estrangeiras ou nacionais, na importação ou na exportação, na hipótese de ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou de responsável pela operação, mediante fraude ou simulação, inclusive a interposição fraudulenta de terceiros. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002)

VI - (Vide Medida Provisória nº 320, 2006)

§ 1º O dano ao erário decorrente das infrações previstas no caput deste artigo será punido com a pena de perdimento das mercadorias. *(Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002)*

§ 2º Presume-se interposição fraudulenta na operação de comércio exterior a não-comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002)

§ 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 2010)

§ 4º O disposto no § 3º não impede a apreensão da mercadoria nos casos previstos no inciso I ou quando for proibida sua importação, consumo ou circulação no território nacional. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002) ” (destacado)

“Art. 675. As infrações estão sujeitas às seguintes penalidades, aplicáveis separada ou cumulativamente (Decreto-lei no 37, de 1966, art. 96; Decreto-lei nº 1.455, de 1976, arts. 23, § 1º, com a redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002, art. 59, e 24; e Lei nº 9.069, de 1995, art. 65, § 3º): (Redação dada pelo Decreto nº 4.765, de 24.6.2003):

I - perdimento do veículo;

II - perdimento da mercadoria;

III - perdimento de moeda; e

IV - multa.

(...)

Art. 753. O direito de impor penalidade extingue-se em cinco anos, a contar da data da infração (Decreto-lei no 37, de 1966, art. 139). ”

No caso de mercadorias abandonadas, como se verifica nestes autos, a sua caracterização como tal se dá com o término do prazo de 90 (noventa) dias da descarga, sem

que iniciado o seu despacho, sendo essa a infração sujeita ao perdimento, que, a teor do art. 753 supra, extingue-se com a fluência do prazo quinquenal contado a partir de então.

Considerando que o abandono das mercadorias, consoante planilha de fls. 17/18, ocorreu no período compreendido entre 02/11/2007 e 11/10/2008, já havia ocorrido a decadência do direito à conversão da pena de perdimento pelo equivalente ao valor aduaneiro, como pretendeu a fiscalização, o que, aliado aos demais argumentos, denota a impossibilidade de se manter o lançamento neste ponto.

Em outra frente, respeitante à exoneração dos tributos e consectários legais, o voto vencedor vislumbra erro na quantificação da base de cálculo, *verbis*:

“Quanto à incidência dos tributos, o voto da ilustre Relatora indica com exatidão os dispositivos legais que ratificam a possibilidade de sua exigência quando da constatação do extravio das mercadorias, restando fixado o momento da ocorrência do fato gerador como a data da lavratura da corresponde crédito tributário (Decreto nº 6.759/09 artigo 73, inciso II, alínea ‘c’ ou ‘d’; artigo 238, § 1º; artigo 252, inciso II). Motivo este que afasta objetivamente a hipótese de ocorrência de decadência do direito de a Fazenda constituir tais créditos tributários.

Ultrapassada a questão relacionada à incidência dos tributos e multas correspondentes cumpre analisar o valor arbitrado pela fiscalização com vistas a compor a base de cálculo de tais tributos (e inclusive da multa relacionada ao perdimento, que é equivalente ao ‘valor aduaneiro das mercadorias’).

A fiscalização indica que os documentos acostados aos autos trazem informações unicamente relativas ao peso e quantidade de volumes das mercadorias extraviadas, e então informa ter aplicado o disposto no artigo 67 da Lei nº 10.833/03, que assim dispunha à época da lavratura da autuação:

‘Art. 67. Na impossibilidade de identificação da mercadoria importada, em razão de seu extravio ou consumo, e de descrição genérica nos documentos comerciais e de transporte disponíveis, serão aplicadas, para fins de determinação dos impostos e dos direitos incidentes, as alíquotas de 50% (cinquenta por cento) para o cálculo do Imposto de Importação e de 50% (cinquenta por cento) para o cálculo do Imposto sobre Produtos Industrializados.

§ 1º Na hipótese prevista neste artigo, a base de cálculo do Imposto de Importação será arbitrada em valor equivalente à média dos valores por quilograma de todas as mercadorias importadas a título definitivo, pela mesma via de transporte internacional, constantes de declarações registradas no semestre anterior, incluídas as despesas de frete e seguro internacionais, acrescida de 2 (duas) vezes o correspondente desvio padrão estatístico.’

...(Grifos acrescidos)

À folhas 150 o 'Termo de Verificação e Constatação de Irregularidades' indica que:

‘- Para a obtenção do valor aduaneiro foram extraídos dados do sistema ‘DW Aduaneiro’, relativos a todas as declarações de importação a título definitivo e para consumo registradas no período de julho/2013 a dezembro/2013, tendo a via aérea como meio de transporte. [...]

...(Grifos acrescidos)

O procedimento adotado com base no artigo 67 da Lei nº 10.833/03 trata do arbitramento da base de cálculo do imposto de importação e não de valor aduaneiro, que, como se sabe, é determinado segundo as Regras do Acordo de Valoração Aduaneira.

O arbitramento desenvolvido pela fiscalização possui pelo menos dois equívocos que não podem ser superados.

O primeiro equívoco está relacionado à amostragem das declarações registradas no semestre ‘anterior’. A fiscalização disse adotar, como base única para todas as mercadorias autuadas, as declarações registradas no segundo semestre de 2013, semestre anterior ao da lavratura das autuações.

Como já explicitado as mercadorias objeto de autuação chegaram ao País entre os anos de 2007 e 2008, tratando-se de diversas cargas que não chegaram ao País simultaneamente, mas sim em datas diversas. O arbitramento linear, da forma como realizado, acabou por esvaziar o próprio sentido da norma, vez que o arbitramento tem por expectativa ser próximo ao valor aduaneiro das mercadorias que à época da chegada no País ocorreram (por exemplo, num semestre pode haver muita importação de eletrônicos, e em outro de tecidos, e no seguinte de máquinas, etc). Portanto ao considerar como parâmetro as cargas importadas no semestre anterior ao da data de lavratura das autuações, e sendo esta tantos anos posterior à chegada das mercadorias, tem-se como resultado, muito provavelmente, uma distorção do valor arbitrado (que poderá ser para mais ou para menos, a depender das mercadorias que tenham sido importadas nos diversos semestres).

*E ainda que se pudesse superar o problema acima levantado (o que não é o caso), no plano material, a fiscalização cometeu um segundo equívoco. Adotou como base de arbitramento as mercadorias estrangeiras que foram declaradas entre os meses de **agosto/2013 e dezembro/2013** (fl. 159). O §1º do artigo 67 da Lei nº 10.833/03 é claro ao estabelecer que o valor arbitrado será determinado com base em **todas as declarações de importação registradas no semestre anterior**. A fiscalização embora tenha informado ter adotado as informações do semestre anterior, no plano fático acabou por utilizar apenas 5 meses do semestre anterior, portanto adotou parcialmente as declarações de importação registradas no semestre anterior. Evidente que o procedimento está em desacordo com o estabelecido na lei e, tem-se como resultado, muito provavelmente, mais uma vez, uma distorção do valor arbitrado (que poderá ser para mais ou para menos, a depender das*

mercadorias que tenham sido importadas no mês excluído da base de cálculo).” (destaques no original)

Analizando o art. 67 da Lei nº 10.637/2002 infere-se que a inteligência do voto vencedor é mais consentânea com a *mens legis*, não se compaginando, à primeira vista, o procedimento adotado pela fiscalização de efetuar o levantamento linear das importações no semestre imediatamente anterior à autuação, sem atentar para o alongado intervalo temporal entre a ocorrência do abandono e a exigência dos tributos, mormente quando possível saber a data de descarga da mercadoria no território aduaneiro.

Demais disso, mesmo que possível tomar como correto o entendimento encampado no lançamento, remanesce o próprio defeito do período dos dados levantados, pois, como detectado com precisão pelo voto vencedor, ainda que faça referência ao semestre compreendido entre julho/2013 e dezembro/2013, as planilhas de fls. 155/159, não deixam dúvida que, a bem da verdade, o período abarcou agosto/2013 a dezembro/2013, o que torna o levantamento imprestável ao fim a que se destina, revelando a completa incorreção da base de cálculo apurada.

Com estas considerações, voto por negar provimento ao recurso de ofício.

Recurso voluntário

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os demais pressupostos de admissibilidade.

Preliminarmente, quanto à detecção do destino de duas cargas do universo de quarenta e uma, sustenta o contribuinte a localização em armazém dos volumes correspondentes aos AWBs 549 2048 7110 5788541 e 891 0802 8075, porém, diversamente do que ocorreu no PA 10814.723710/2014-02, julgado na mesma assentada, não foi juntada qualquer prova, ou mesmo princípio de prova, que respaldasse a alegação, valendo a remissão ao adágio jurídico consoante o qual alegar e não provar é o mesmo que nada alegar.

Quanto à ilegitimidade da recorrente, como destacado pela decisão recorrida, a sua responsabilidade decorre da condição de concessionária do terminal aeroviário, assumindo a custódia de todas as mercadorias ali armazenadas, ou que, pelo menos, deveriam ali se encontrar.

A sua responsabilidade não é oriunda de sucessão da concessão, até então, pertencente à INFRAERO, como entende a recorrente, mas é responsabilidade própria, por implicação da assunção da concessão e da custódia das mercadorias armazenadas nos recintos alfandegados, também objeto da concessão, sem qualquer ressalva quanto à sua inexistência, extravio ou não localização.

Nos termos do art. 662 do RA/2009 (Decreto nº 6.759/2009), o depositário responde pelo extravio de mercadoria sob sua custódia.

Por pertinente, mostra-se infundada a argumentação pelo descabimento da aplicação da responsabilidade por sucessão, inclusive em alusão a recurso repetitivo, porquanto não há nestes autos exigência de crédito tributário ao contribuinte na condição de responsável, mas imputação de infração administrativa por responsabilidade própria, como dito, na

qualidade de depositário no momento em que verificou o extravio de mercadoria sob sua custódia.

Demais disso, não procede o argumento que, das trinta e nove cargas remanescentes, vinte e quatro delas sequer teriam sido recepcionadas, ante a comunicação do abandono formulado pela INFRAERO, haja vista que não se deve confundir a indigitada comunicação com a efetiva adoção dos procedimentos necessários à decretação do perdimento, o que, não havendo prova de sua ocorrência, pressupõe a sua manutenção em armazém, cabendo a prova do fato extintivo à recorrente, que não logrou produzi-la.

O fato da INFRAERO comunicar a ocorrência do abandono, a seu tempo verificado, não significa que a mercadoria não possa, posteriormente, ter se extraviado. No momento do abandono, a mercadoria estava devidamente armazenada, entretanto, quando da efetivação do levantamento pelas autoridades aduaneiras já não mais se encontrava, não apresentando a recorrente, na condição de depositário, qualquer justificativa para esta situação.

Note-se, por oportuno, que a acusação fiscal prova que mercadoria não foi localizada e/ou extraviada, como se extrai das exigências formalizadas em intimações e respostas do próprio recorrente, não havendo presunção alguma nesse fato, distintamente do que argumenta o contribuinte, mesmo porque é inegável que tais volumes não foram encontrados e esta constatação se deu sob a administração da ora recorrente, não fazendo sentido imputar o problema ao concessionário anterior, mormente quando nenhum elemento de prova neste sentido é carreada aos autos.

Também não procede a alegação que as mercadorias já estavam desaparecidas há anos, quando ainda sob administração da INFRAERO, de modo a restar excepcionada a sua responsabilidade, porque, mais uma vez, fundado em ilações, sem qualquer lastro probatório a corroborar esta assertiva.

Frise-se, o fato das mercadorias, quando do abandono, estarem sob custódia da INFRAERO, não conduz à inegável conclusão que o extravio tenha se dado, ainda, sob sua administração, como insiste o recorrente.

Então, relativamente à sujeição passiva do contribuinte perante a multa prevista no art. 107, VII, “a” do DL 37/66, incidente por volume depositado em local ou recinto alfandegado, que não seja localizado, irretorquível o seu reconhecimento, até mesmo por força dos arts. 660 e 662 do Decreto nº 6.759/2009 (RA/09):

“Art. 660. Os créditos relativos aos tributos e direitos correspondentes às mercadorias extraviadas na importação, inclusive multas, serão exigidos do responsável por meio de lançamento de ofício, formalizado em auto de infração, observado o disposto no Decreto nº 70.235, de 1972 (Decreto-Lei nº 37, de 1966, art. 60, § 1º, com a redação dada pela Lei nº 12.350, de 2010, art. 40). (Redação dada pelo Decreto nº 8.010, de 2013)”

§ 1º Para os efeitos do disposto no caput, considera-se responsável (Decreto-Lei nº 37, de 1966, art. 60, § 2º, com a redação dada pela Lei nº 12.350, de 2010, art. 40): (Incluído pelo Decreto nº 8.010, de 2013)

I - o transportador, quando constatado o extravio até a conclusão da descarga da mercadoria no local ou recinto alfandegado, observado o disposto no art. 661; ou (Incluído pelo Decreto nº 8.010, de 2013)

II - o depositário, quando o extravio for constatado em mercadoria sob sua custódia, em momento posterior ao referido no inciso I. (Incluído pelo Decreto nº 8.010, de 2013)

(...)

Art. 662. Para efeitos fiscais, o depositário responde por extravio de mercadoria sob sua custódia. (Redação dada pelo Decreto nº 8.010, de 2013)

Parágrafo único. Presume-se a responsabilidade do depositário no caso de volumes recebidos sem ressalva ou sem protesto.”

Relativamente à decadência, tomando o momento de ocorrência da infração, extravio da mercadoria, quando de sua constatação pela autoridade aduaneira responsável pelo procedimento de averiguação, segundo os dispositivos retro citados, tem-se, por força do art. 753 do RA/09, que o direito de impor penalidade extingue-se em cinco anos, contados da data da infração, o que, aplicado ao caso *sub examine*, conduz à sua inoccorrência, dado que a constatação do extravio e/ou não localização ocorreu no curso de 2014.

Mais uma vez, não se deve confundir as datas em que as mercadorias passaram a se qualificar como abandonadas e, nesta condição, sujeitas ao perdimento, com a data de constatação de seu extravio, pois enquanto não decretado o perdimento e adotados os procedimentos próprios a mercadoria permanece sob responsabilidade do depositário.

A infração em comento não se concretiza com o abandono da mercadoria importada, mas com o seu extravio, se ocorrente, assim considerado a data de sua verificação pelas autoridades competentes.

Logo, não há que se falar em decadência.

Concernente à utilização de presunção para exigência da multa, repisa-se que a autuação está calçada em fatos, consistentes na não localização/extravio de mercadorias armazenadas, cabendo a responsabilidade pela sua custódia ao depositário, incumbindo-lhe, então, para eximir-se das consequências dela decorrentes, a prova de que as mercadorias não estavam aos seus cuidados, o que não ocorreu.

Também não se vislumbra qualquer violação ao art. 112 do Código Tributário Nacional, ao passo que, à luz da legislação já referenciada, não há qualquer dúvida acerca da ocorrência da infração e da legitimidade passiva do ora recorrente, razão porque não se justifica o emprego do aludido dispositivo.

Quanto à falta tipicidade para cobrança da multa do art. 107, VII, “a” do DL 37/66 e as disposições do art. 660 do RA/2009, completamente infundada a alegação que tais bens, no momento da constatação do extravio, uma vez abandonadas, já não mais estavam sob controle aduaneiro.

O controle aduaneiro das mercadorias abandonadas só se transfere à RFB a partir do encerramento do procedimento de perdimento, permanecendo, até, então, sob controle e responsabilidade do armazenador, pouco importando se já reunidas as condições para o seu perdimento, mesmo porque, encontrando-se as mercadorias em zona primária, enquanto não sofrer destinação específica, permanece sob controle aduaneiro.

Por derradeiro, relativamente à omissão das autoridades aduaneiras para aplicação da pena de perdimento, a pretensa falta funcional, se ocorrente, rende ensejo a processo administrativo próprio para apuração das condutas irregulares, não desobrigando, de forma alguma, o recorrente, na qualidade de depositário, do cumprimento de suas obrigações, não havendo previsão legal para exoneração de tributos ou multas, em hipóteses como as dos autos, ante a pretensa desídia do órgão responsável pela aplicação da pena de perdimento, no momento oportuno, de mercadorias importadas abandonadas.

Em face de todo o exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário interposto.

Robson José Bayerl

Declaração de Voto

Conselheiro Eloy Eros da Silva Nogueira

Pedi permissão para apresentar declaração de voto, para expor entendimento suplementar ao exposto pelo Ilustre Conselheiro Robson José Bayerl, relator deste Acórdão, quanto à apreciação do recurso de ofício em seu mui bem fundamentado voto.

Como vimos, os Julgadores a quo exoneraram os tributos, os acréscimos legais e a multa equivalente ao valor aduaneiro (em substituição ao perdimento dos bens não localizados), e mantiveram apenas a multa por extravio ou não localização de volume sob guarda de depositário (art. 107, VII, "a", do Decreto lei n. 37, de 1966). As razões para eles afastarem parte da exigência fiscal inicial seriam:

1. ilegitimidade passiva e atipicidade da conduta quanto à multa substituta do perdimento: o concessionário atual do aeroporto GRU (sucessora da INFRAERO) não importou as mercadorias em questão, nem tinha como ele promover a importação desses bens; não havia como ele ser sujeito da prática condenada ou da penalidade, nem teria ele como exercer a prática da infração ou a do "abandono";
2. decadência tributária - decurso do prazo máximo de cinco anos para constituir e exigir tributos e acréscimos legais (cargas [e mercadorias] chegadas e consideradas abandonadas por decurso do prazo de 90 dias entre os anos de 1998 a 2007, com autuação em 2014;
3. irretroatividade da lei (de 2002) e a impossibilidade da conversão da pena de perdimento para fatos que são anteriores à sua vigência;
4. decurso do prazo máximo de cinco anos para constituir e exigir penalidades - no âmbito aduaneiro - artigo 139 do Decreto lei n. 37, de 1966.

Os julgadores de 1º piso listaram essas razões para a exoneração, e expuseram que elas seriam concorrente entre si, e que, ao final, separada ou conjugadamente, elas levariam à conclusão de que essa parte da exigência fiscal não poderia prosperar.

O ilustre Conselheiro, em seu voto vencedor, aponta a decadência e a prescrição como razões suficientes e que devem preceder às outras razões para afastar a exigência fiscal. Vejamos *in verbis*:

A leitura do texto reproduzido evidencia a concorrência de razões para exoneração da multa equivalente, seja pela atipicidade, seja aplicação intertemporal do direito ou pela decadência, entretanto, a decadência, como questão preliminar de mérito, na técnica processual, deve preceder às demais matérias, razão porque, sendo suficiente para afastar a exigência fiscal, prejudica o exame das demais.

Nesta senda, tem-se que, pela redação dos citados arts. 23 do DL 1.455/76 e 675 e 753 do Decreto nº 6.759/09, que aprova o Regulamento Aduaneiro, mostra-se acertado o raciocínio engendrado pelo voto vencedor, senão veja-se

GRIFOS ACRESCIDOS

Data vênia, e respeitosamente, ousou divergir por entender que a ilegitimidade passiva e a atipicidade não devem ser precedidas pela decadência e pela prescrição, e nenhuma delas deveria ser considerada suficiente para justificar a não apreciação das outras. Ademais, s.m.j., a fundamentação do acórdão recorrido adotou a concorrência das razões, sem predominância de uma sobre as outras. Na verdade, concordo com o voto da decisão recorrida, cujas alegações foram parcialmente transcritas pelo voto vencedor, e deixo de reproduzi-las aqui para evitar a repetição. De qualquer modo, a decisão de negar o recurso de ofício me pareceu acertada, como cuidadosamente defendeu o relator, sendo imperativo acompanhá-la pelas conclusões.

Eloy Eros da Silva Nogueira



Ministério da Fazenda

PÁGINA DE AUTENTICAÇÃO

O Ministério da Fazenda garante a integridade e a autenticidade deste documento nos termos do Art. 10, § 1º, da Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001 e da Lei nº 12.682, de 09 de julho de 2012.

Documento autenticado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001. Corresponde à fé pública do servidor, referente à igualdade entre as imagens digitalizadas e os respectivos documentos ORIGINAIS.

Histórico de ações sobre o documento:

Documento juntado por ROBSON JOSE BAYERL em 07/10/2016 14:59:00.

Documento autenticado digitalmente por ROBSON JOSE BAYERL em 07/10/2016.

Esta cópia / impressão foi realizada por EMANOEL WERCELENS PINHEIRO em 26/10/2016.

Instrução para localizar e conferir eletronicamente este documento na Internet:

1) Acesse o endereço:

<https://cav.receita.fazenda.gov.br/eCAC/publico/login.aspx>

2) Entre no menu "Outros".

3) Selecione a opção "eAssinaRFB - Validação e Assinatura de Documentos Digitais".

4) Digite o código abaixo:

EP26.1016.15597.BPXC

5) O sistema apresentará a cópia do documento eletrônico armazenado nos servidores da Receita Federal do Brasil.