MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº	10907.000844/2003-51
Recurso nº	130.138 Voluntário
Matéria	VISTORIA ADUANEIRA
Acórdão nº	303-33.808
Sessão de	05 de dezembro de 2006
Recorrente	TCP - TERMINAL DE CONTÊINERES DE PARANAGUÁ
Recorrida	DRJ/FLORIANÓPOLIS/SC

Assunto: Imposto sobre a Importação – II

Data do fato gerador: 04/04/2003

Ementa: CONTÊINERES FURTADOS DOS PÁTIOS DA RECORRENTE. RESPONSABILIDADE DO DEPOSITÁRIO. A IMPOSSIBILIDADE DA DETENÇÃO POR ALGUM MOTIVO FORTUITO JUSTIFICA MAS NÃO EXIME DE RESPONSABILIDADE A PESSOA QUE DELA SE INCUMBIA.

IMPOSSIBILIDADE DE LANÇAMENTO DE MULTA DE OFÍCIO PELA INSTÂNCIA JULGADORA.

Não se admite a qualquer instância julgadora, administrativa ou judicial, o condão de substituir a base legal da penalidade a ser imposta, descrita no lançamento realizado, porque em tudo e por tudo equivale a lançar, atividade privativa e vinculada que extrapola a competência e a própria significância da atividade imparcial de julgamento. A se admitir a DRJ lançando tributo, ou penalidade, de nada teria valido o imenso esforço legislativo e de transformação estrutural da SRF, justamente para separar em órgãos distintos, as Delegacias ou Inspetorias da Receita Federal, das Delegacias de Julgamento da Receita Federal. *A fortiori*, uma vez eliminada a multa agravada pelo julgamento proferido na instância *a quo*, e sendo descabido qualquer lançamento por parte da DRJ, também falece ao Conselho de Contribuintes a competência para lançar multa de ofício com suporte normativo distinto do

verificado no instrumento de constituição do crédito tributário.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da TERCEIRA CÂMARA do TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso voluntário, para afastar a multa de ofício, nos termos do voto do relator designado. Vencidos os Conselheiros Silvio Marcos Barcelos Fiúza, Nilton Luiz Bartoli e Anelise Daudt Prieto, que negavam provimento. Designado para redigir o voto o Conselheiro Zenaldo Loibman.

ANELISE DAUDT PRIETO

Presidente

ZENALDO LOIBMAN

Relator Designado

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Nanci Gama, Marciel Eder Costa, Tarásio Campelo Borges e Sergio de Castro Neves.

Relatório

Trata-se de Notificação de Lançamento (fls. 71/79), formalizada em virtude de suposta subtração ilegal de containeres do Terminal de Contêineres de Paranaguá- TCP, fiel depositário das unidades.

Fundamenta-se a exigência principal no art. 32, II, Decreto-lei nº 37/66, com redação, 104, II, 69, 72, §1º, 73, II, alínea "c", 75, 90, 91, 97, 580, II, 581, 593, 596, 602, 603, 604, 613, 702, 703, I, do "Novo RA", aprovado pelo Decreto nº 4.543/02 (fls. 75).

No que tange à atualização monetária e às penalidades aplicáveis, "os enquadramentos legais correspondentes constam dos respectivos demonstrativos de cálculo, excetuando a multa de 150% prevista no Novo RA, em seu art. 645, inciso II." (fls. 75).

Ciente, o contribuinte apresentou tempestiva Manifestação de Inconformidade às fls. 83/118, juntando os documentos de fls. 119/213, na qual aduz sucintamente que:

> *(i) não há que se falar em responsabilidade do depositário quando se constata a incolumidade dos lacres;*
>
> *(ii) desde a primeira ausência física de contêiner, tão logo constatadas, foram imediatamente transmitidas para a Polícia Federal com o objetivo de encontrar os responsáveis pelo furto e para dar ciência do ocorrido;*
>
> *(iii) diante de todos os procedimentos normatizados e dentro das regras de segurança que são cumpridas à risca pelo TCP, é absolutamente improvável e imprevisível que doze contêineres simplesmente desapareçam do recinto alfandegário;*
>
> *(iv) o artigo 593 do RA deve ser interpretado conjuntamente c/ o art. 591, donde se percebe que a responsabilidade do art. 593 não é absoluta;*
>
> *(v) o processo administrativo Fiscal tem por finalidade a obtenção da verdade material e não lhe é facultado transferir o ônus probatório, nem transformar a liberdade para obtenção de provas em discricionariedade;*
>
> *(vi) o Regulamento prevê a hipótese do depositário se eximir da responsabilização pelo tributos decorrentes da importação ao provar que não deu causa ao suposto extravio, mesmo se ocorrido em mercadoria sob sua custódia;*
>
> *(vii) o depositário somente pode ser responsabilizado pela avaria de mercadoria sob sua custódia, no caso de ter sido o causador do dano;*
>
> *(viii) apesar de observar com rigor todas as regras de segurança e de procedimento, o TCP foi vítima de um crime, provavelmente praticado por quadrilha especializada e organizada;*

(ix) existindo uma causa excludente da responsabilidade do TCP, decorrente da "Força Maior" já comprovada, não há como prosperar a responsabilização contida no AI;

(x) a UF pode e deve aplicar a pena de perdimento aos contêineres que ficam mais de 90 dias sem movimentação nos recintos alfandegados;

(xi) tal penalidade deveria ter sido aplicada, conforme RA, tão logo fosse comunicado à Receita Federal do decurso do prazo e, mais do que isso, o RA também prevê a responsabilidade de pagamento ao depositário das tarifas de armazenagem tão logo ocorra a referida comunicação;

(xii) a Receita Federal deve efetuar o pagamento de taxas de armazenagem logo após a comunicação e identificação pelo depositário das mercadorias consideradas abandonadas legalmente (passíveis da pena de perdimento);

(xiii) o TCP comunica e retifica reiteradamente à Receita Federal, por meio eletrônico, os contêineres sem movimentação que extrapolam o prazo legal (90 dias);

(xiv) todos os containeres furtados estavam há muito mais de 90 dias (alguns deles mais de um ano) sem que o importador se manifestasse;

(xv) mesmo tendo sido comunicada desta situação, dentro dos prazos previstos no caput do art. 579 do RA, a Receita Federal não tomou nenhuma das atitudes legalmente previstas, ou seja, não retirou as mercadorias do TCP, não pagou as taxas de armazenagem e nunca demonstrou interesse em iniciar o processo de perdimento;

(xvi) não ocorrendo nada disso, por desídia da União, no mínimo deve se afastar a responsabilidade do pagamento do II ao TCP;

(xvii) é evidente que não há motivo algum p/ se extraviar propositalmente os contêineres na medida em que a lei assegura ao TCP o ressarcimento pela utilização prolongada do seu depósito alfandegado;

Quanto às multas, alega que:

(xviii) jamais pode permanecer aplicável a penalidade do art. 44 da Lei nº 9.430/96, pois nenhuma das hipóteses dos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4502/64 são aplicáveis ao presente caso, pois o TCP em momento algum ocultou informações ou praticou atos tendentes a impedir conhecimento dos fatos pela autoridade fazendária, bem como, não impediu, nem retardou, a ocorrência do fato gerador e tampouco modificou suas características essenciais com o fim de evitar ou reduzir o imposto devido;

(xix) também não entrou em conluio com ninguém com o objetivo de ocultar fatos nem descaracterizar a ocorrência do fato gerador;

(xx) contraria-se frontalmente o princípio constitucional da legalidade (artigo 5º, II, da CF), o qual impede toda e qualquer interpretação extensiva, destinada a ampliar as hipóteses descritas na lei como

infrações, aplicando-se também a hipótese do inciso XXXIX do art. 5º da CF;

(xxi) além disso, a própria lei utilizada pela fiscalização traz atenuantes que devem ser observadas, portanto, ainda que se mantenha a multa, não pode ser aquela fixada na autuação, pois o TCP demonstrou satisfatoriamente que não agiu de má-fé e nem com o intuito de atrapalhar ou retardar a fiscalização;

(xxii) é impossível estabelecer claramente de onde e como a fiscalização retirou os números que acompanharam o auto de infração levando-o à nulidade, pois a fiscalização deveria comprovar e demonstrar minuciosamente os valores, para permitir ao defendente toda a possibilidade de defesa e análise destes.

Isto posto, pleiteia pela procedência da Impugnação, anulando-se o lançamento, para desconstituir o crédito tributário dele decorrente.

Remetidos os autos à Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Florianópolis/SC, esta indeferiu parcialmente o pleito do contribuinte (fls. 214/224), consubstanciada na seguinte ementa:

"Assunto: Imposto sobre a Importação – II

Data do fato gerador: 04/04/2003

Ementa: DEPOSITÁRIO. RESPONSABILIDADE. EXTRAVIO.

O depositário é responsável pelo crédito tributário decorrente do extravio de mercadoria que se encontrava sob sua custódia, mesmo que esteja em condições de ser aplicada a pena de perdimento.

MERCADORIA EXTRAVIADA. CÁLCULO DO IMPOSTO.

Nos casos em que o depositário extravia a mercadoria armazenada e os dados do manifesto ou dos documentos de importações forem insuficientes para se encontrar o valor base para cálculo da exigência do II deve-se obter tal valor em mercadoria contida em volume idêntico.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Data do fato gerador: 04/04/2003

Ementa: FURTO. HIPÓTESE DE EXCLUSÃO. FORÇA MAIOR.

O furto não se enquadra nas hipóteses de exclusão de responsabilidade prevista do Regulamento Aduaneiro para os casos de força maior.

MULTA AGRAVADA. INTUITO DE FRAUDE.

Para a aplicação da multa agravada deve estar os autos consubstanciados em documentos que comprovem o intuito de fraude promovido pelo sujeito passivo.

Lançamento Procedente em Parte"

Devidamente intimada, a Recorrente interpôs tempestivo Recurso Voluntário de fls. 207/214, juntando os documentos de fls. 262/312, pelo qual reitera os argumentos e pedidos já apresentados, porém acrescenta que:

> *(i) não houve pronunciamento quanto à nulidade do lançamento por imprecisão, nem quanto à ocorrência de circunstâncias atenuantes capazes de afastar por completo ou reduzir o percentual da multa de ofício;*
>
> *(ii) deve ser reformado o acórdão, com exceção da parte em que reconheceu a inaplicabilidade do art. 44, II, da Lei 9.430/96;*
>
> *(iii) manifesta discordância com a aplicação da multa prevista do art. 645, I, do RA, já que não se trata de falta de pagamento, nem de pagamento com atraso, mas efetivamente, de atribuição de responsabilidade àquele que não a detém, além do TCP não ter deixado de cumprir suas obrigações para com o Fisco, mas no caso de ser mantida, lembre-se que a Lei nº 4502/64, na parte que define normas gerais para a aplicação das penas, prevê casos em que a penalidade pode ser atenuada (§2º, art. 68).*

Assim, requer seja julgado integralmente improcedente o lançamento.

Em garantia ao seguimento do Recurso Voluntário, apresentou Relação de Bens e Direitos para Arrolamento às fls. 215.

Os autos foram distribuídos a este Conselheiro, constando numeração até às fls. 327, última.

Desnecessário o encaminhamento do processo à Procuradoria da Fazenda Nacional para ciência quanto ao Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, nos termos da Portaria MF nº 314, de 25/08/99.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro NILTON LUIZ BARTOLI, Relator

Após o cancelamento parcial da exigência pela decisão de primeira instância, subsiste no presente processo lançamento de Imposto de Importação, multa proporcional e demais acréscimos legais, cobrados da Recorrente em razão do desaparecimento de contêineres que se encontravam sob a sua guarda.

A tese de defesa está alicerçada principalmente no fato segundo o qual referidos containeres teriam sido furtados dos pátios da Recorrente, o que, por esse motivo, a eximia de responsabilidade pelo ocorrido e pela cobrança dos valores em questão.

Basicamente a questão posta à baila na presente lide fiscal está vinculada à delimitação da responsabilidade do depositário em casos como o presente, nos quais é alegado que houve furto das mercadorias depositadas.

Não é efetivamente tema novo neste E 3º Conselho de Contribuintes, sendo que a C. 2ª Câmara deste tribunal já teve a oportunidade de julgar lide semelhante, a saber Recurso nº 130.149 interposto nos autos do processo nº 1097002749/2003-92, em acórdão que foi assim ementado:

> *" DEPOSITÁRIO – RESPONSABILIDADE – FURTO DE CONTAINERES – Não há que se falar em caso fortuito ou força maior, porque o depositário assumiu o risco pela guarda e a obrigação de adotar as medidas de segurança estabelecidas por lei. A impossibilidade da detenção por algum motivo fortuito o justifica mas não exime de responsabilidade a pessoa que dela se incumbia (...)"*

De fato, comungo do mesmo entendimento. Principalmente no caso presente em que se está a falar da "ausência" de 9 containeres. Ora, se houve realmente o furto desses 9 containeres, é para mim evidente que a Recorrente falhou na adoção das medidas de segurança que lhe incumbiam, o que a torna responsável, se não penalmente, pelo menos em relação os tributos não pagos aos cofres da União Federal.

Deve aqui ser registrado que o fato da Recorrente haver informado às autoridades policiais o desaparecimento dos containeres não tem o condão de afastar sua responsabilidade, enquanto depositária, pela guarda da coisa. Em tese aproveita à Recorrente essa atitude para, em princípio, afastar sua responsabilidade penal, porém essa não se confunde com sua responsabilidade civil e tributária.

Ante o exposto, e o que mais dos autos consta, voto no sentido de negar provimento ao Recurso.

É como voto.

Sala das Sessões, em 05 de dezembro de 2006

NILTON LUIZ BARTOLI – Relator

Voto Vencedor

Conselheiro Zenaldo Loibman, relator designado.

Inicialmente destaco minha concordância com o eminente relator quanto a estarem presentes os requisitos de admissibilidade do recurso voluntário. Concordo também com seu voto quanto à manutenção da exigência de tributo.

Entretanto, não posso concordar com a imputação, pela instância julgadora, de multa de ofício em substituição à multa agravada efetivamente lançada.

A DRJ inicialmente concluiu pelo descabimento da penalidade agravada, que a fiscalização aduaneira pretendeu apontar, sem qualquer esforço probatório, o dolo de fraude.

Portanto, a multa agravada já havia sido afastada no julgamento de primeira instância sob o corretíssimo argumento de que fraude não se presume, e não se evidenciou nestes autos nenhum esforço probatório do suposto crime fiscal.

Porém, em seguida os ilustres julgadores da instância *a quo* decidiram aplicar a multa de ofício de 75%, prevista em norma distinta da apontada no auto de infração que constituiu o crédito tributário sob exame. Explicitemos melhor: o auto de infração indicou como base legal da multa agravada lançada o inciso II do artigo 44 da Lei 9.430/96, por entender ter ocorrido a hipótese de fraude prevista no artigo 72 da Lei 4.502/64. Ora, ao afastar a subsunção do fato real à hipótese abstrata da norma definidora de crime tributário, por decorrência lógica e necessária teve que afastar a aplicação da multa agravada, e obrigatoriamente a eliminou.

Resulta em exorbitância da sua competência julgadora a r. DRJ aplicar a multa de ofício prevista em outra norma, isto é, assentar a autuação em uma nova base normativa para a autuação, a saber, a encontrada em outro inciso, ou seja, no inciso I do artigo 44 da Lei 9.430/96.

Entendo, s.m.j., que o feito traduz lançamento de multa por parte da Turma Julgadora da DRJ. Observe-se que a multa lançada foi a de 150%, com fundamento na norma inscrita no inciso II do artigo 44 da Lei 9.430/96. Esta foi eliminada pelo julgamento de primeira instância. Ocorre, porém, que em seguida, os eminentes julgadores proferiram a decisão recorrida com aplicação da multa de 75%, prevista em outro inciso, ou seja, no inciso I do artigo 44 da Lei 9.430/96. Vale dizer pretenderam complementar o lançamento tributário.

É cediço que um mesmo artigo de lei pode conter várias normas. O mesmo ocorre com um mesmo inciso de um artigo de lei. Imagine, então, o que ocorre neste caso precisamente, há normas veiculadas em incisos distintos, decorrentes de hipóteses distintas de infração tributária.

A norma contida no inciso I do artigo 44 da Lei 9.430/96 impõe a aplicação pela autoridade lançadora de multa de ofício de 75%, "*nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de*

multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, ***excetuada a hipótese do inciso seguinte*** *(grifo nosso)".*

Pois bem, o inciso seguinte mencionado é obviamente o inciso II com o seguinte texto:

> *"II - 150% (...)nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos artigos 71,72 e 73 da Lei 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis".*

Ora, resta claro que a expressão "***excetuada a hipótese do inciso seguinte***" constante do inciso I acima referido explicita que em cada um dos dois incisos mencionados encontram-se hipóteses de incidência de penalidades distintas. A fiscalização, ao efetuar o lançamento da penalidade de 150%, inserida no inciso II, optou por abandonar a outra fundamentação, ou seja, a contida na base legal disposta no outro inciso.

De sorte que é incorreto, sob pena de sofisma, imaginar que saltar da multa de 150% para aplicar apenas 75% pudesse corresponder a um assentimento de procedência parcial do auto de infração. Os fundamentos para as duas penalidades são distintos e estão previstos em normas distintas, ainda que ambas contidas no mesmo artigo da mesma lei, porém em incisos diferentes e, repita-se, suas fundamentações são absolutamente diversas.

Nessa situação o Decreto nº 70.235/72 (PAF) prevê que a DRJ poderia devolver o processo à DRF para que, em face do descabimento da multa agravada, procedesse ao lançamento da multa de ofício, e a partir da ciência ao contribuinte do novo lançamento necessariamente se reabriria o prazo para nova impugnação, sob pena de cerceamento ao direito de defesa e/ou infração ao direito do contribuinte ao duplo grau de jurisdição.

Adverte-se, pois, que a DRJ não dispõe de competência para lançar tributo ou penalidade!

Em que pese r. entendimento em contrário já exposto até em julgados da Colenda Câmara Superior de Recursos Fiscais, *data venia,* considero, apoiado em substanciosa doutrina, infeliz e condenável a idéia de se admitir a qualquer instância julgadora, administrativa ou judicial, o condão de substituir a base normativa da penalidade a ser imposta, expressa no auto de infração, porque em tudo e por tudo equivale a lançar, atividade privativa e vinculada que extrapola a competência e a própria significância da atividade imparcial de julgamento.

A se admitir a DRJ lançando, tributo ou penalidade, de nada teria valido o imenso esforço legislativo e de transformação estrutural da SRF, justamente para separar em órgãos distintos, as Delegacias ou Inspetorias da Receita Federal, das Delegacias de Julgamento da Receita Federal.

A fortiori, uma vez eliminada a multa agravada pelo julgamento proferido na instância *a quo,* e sendo descabido qualquer lançamento por parte da DRJ, também falece ao Conselho de Contribuintes a competência de lançar multa de ofício com suporte normativo distinto do verificado no instrumento de constituição do crédito tributário.

A imparcialidade do julgador é conquista do Estado Democrático de Direito. A ela está intimamente vinculada a credibilidade que os órgãos julgadores administrativos vêm progressivamente alcançando no conceito geral, dos contribuintes e da Administração Pública Superior, mormente por parte da cúpula dirigente do Ministério da Fazenda e da Secretaria da Receita Federal, mas também pelos profissionais do direito, pelos advogados e, especialmente por parte dos eminentes Desembargadores e Ministros dos Tribunais Superiores, que freqüentemente honram os membros deste Conselho de Contribuintes com citação de seus acórdãos.

Sendo assim, admitir quebra da imparcialidade para tentar convalidar erroneamente e, desnecessariamente, ato administrativo que em tudo corresponde ao lançamento de penalidade pela instância julgadora é militar em sentido contrário à confiança duramente conquistada por este órgão julgador administrativo ao longo dos últimos anos. Não o permitamos.

Pelo exposto, meu voto é no sentido de dar provimento parcial ao recurso voluntário, para que se afaste a multa.

Sala das sessões, em 05 de dezembro de 2006.

ZENALDO LOIBMAN - Relator designado