



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11128.000365/2009-61
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3402-007.600 – 3ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de agosto de 2020
Recorrente NUMERAL 80 PARTICIPAÇÕES S/A
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 01/06/2005

NULIDADE DO LANÇAMENTO. INEXISTÊNCIA.

Não há que se cogitar de nulidade do auto de infração lavrado por autoridade competente e com a observância do artigo 142 do Código Tributário Nacional e artigos 11 e 59 do Decreto nº 70.235/72, contendo a descrição dos fatos e enquadramentos legais, permitindo ao contribuinte o pleno exercício do direito de defesa, mormente quando se constata que o mesmo conhece a matéria fática e legal e exerceu, dentro de uma lógica razoável e nos prazos devidos, o seu direito de defesa.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 01/06/2005

HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA. EFETIVIDADE DO FATO GERADOR PRESUMIDO.

Para efeito de ocorrência do fato gerador, considerar-se-á entrada no Território Nacional a mercadoria que constar como tendo sido importada e cuja falta venha a ser apurada pela autoridade aduaneira. Incidência do artigo 1º, § 2º do Decreto-Lei nº 37/66.

EXTRAVIO DE MERCADORIA. ENTRADA PRESUMIDA. FATO GERADOR. DATA DO LANÇAMENTO. MOMENTO DA OCORRÊNCIA.

Por presunção legal considera-se importada a mercadoria estrangeira constante de manifesto de carga, cujo extravio seja apurado pela autoridade aduaneira, e o fato gerador do II ocorrido na data do lançamento do correspondente crédito tributário.

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Data do fato gerador: 01/06/2005

CONFERÊNCIA FINAL DE MANIFESTO. TRANSPORTADOR. DEPOSITÁRIO. TRANSFERÊNCIA DE RESPONSABILIDADE.

Cabe ao depositário, logo após a descarga de volume avariado, ou a constatação de extravio, registrar a ocorrência em termo próprio, disponibilizado para manifestação do transportador, na forma e no prazo

estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal. O depositário responde por avaria ou por extravio de mercadoria sob sua custódia, recebidas sem ressalvas ou protestos. Arts. 581, § 1º, 583 e 593, § único do Decreto nº 4.543/2002.

EXTRAVIO DE MERCADORIA. OPERADOR PORTUÁRIO. TRIBUTOS DE IMPORTAÇÃO. CABIMENTO

A responsabilidade pelo extravio ou pela avaria de mercadoria será de quem lhe deu causa, cabendo ao responsável, assim reconhecido pela autoridade aduaneira, indenizar a Fazenda Nacional do valor do imposto de importação que, em consequência, deixar de ser recolhido, ressalvado o disposto no art. 586 (Decreto-lei nº 37, de 1966, art. 60, parágrafo único). Artigo 591 do Decreto nº 4.543/2002.

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Data do fato gerador: 01/06/2005

VISTORIA ADUANEIRA. EXTRAVIO OU FALTA DE MERCADORIA. MULTA PROPORCIONAL AO IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. CABIMENTO

Aplicam-se a multa de 50% (cinquenta por cento), proporcional ao valor do imposto incidente sobre a importação da mercadoria ou o que incidiria se não houvesse isenção ou redução, pelo extravio ou falta de mercadoria, inclusive apurado em ato de vistoria aduaneira.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Rodrigo Mineiro Fernandes - Presidente.

(assinado digitalmente)

Cynthia Elena de Campos - Relatora.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Maria Aparecida Martins de Paula, Cynthia Elena de Campos, Pedro Sousa Bispo, Renata da Silveira Bilhim, Silvio Rennan do Nascimento Almeida, Sabrina Coutinho Barbosa (suplente convocada), Thais de Laurentiis Galkowicz e Rodrigo Mineiro Fernandes (Presidente). Ausente a conselheira Maysa de Sa Pittondo Deligne, substituída pela conselheira Sabrina Coutinho Barbosa (suplente convocada).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão nº 08-039.604 (e-fls. 308-323), proferido pela 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Fortaleza/CE, que por unanimidade de votos, julgou improcedente a impugnação, nos seguintes termos:

I – PRELIMINARMENTE,

- a) **CONHECER** da impugnação apresentada;
- b) **DENEGAR** o pedido de diligência para produção de prova testemunhal;
- c) **REJEITAR** as arguições de nulidade, de ilegitimidade passiva do operador portuário e de ocorrência de decadência (como prejudicial de mérito); e

II- NO MÉRITO, JULGAR IMPROCEDENTE a impugnação, mantendo-se integralmente os créditos tributários lançados em desfavor da **SANTOS-BRASIL S/A.**

A decisão recorrida foi proferida com a seguinte Ementa:

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Data do fato gerador: 01/06/2005

EXTRAVIO DE MERCADORIA. OPERADOR PORTUÁRIO. TRIBUTOS DE IMPORTAÇÃO. CABIMENTO

A responsabilidade pelo extravio ou pela avaria de mercadoria será de quem lhe deu causa, cabendo ao responsável, assim reconhecido pela autoridade aduaneira, indenizar a Fazenda Nacional pelo valor dos tributos incidentes na importação.

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Data do fato gerador: 01/06/2005

VISTORIA ADUANEIRA. EXTRAVIO OU FALTA DE MERCADORIA. MULTA PROPORCIONAL AO II. CABIMENTO

É cabível a multa de 50% (cinquenta por cento) proporcional ao valor do imposto incidente sobre a importação de mercadoria cujo extravio ou falta foi constatado, inclusive, em ato de vistoria aduaneira.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 01/06/2005

REQUERIMENTO DE DILIGÊNCIA PARA PRODUÇÃO DE PROVAS TESTEMUNHAL. INDEFERIMENTO

Em face da existência nos autos de elementos suficientes para o julgamento do processo, considera-se prescindível a realização de diligência.

AUSÊNCIA DE NULIDADE DO LANÇAMENTO.

Estando o crédito tributário constituído no estrito rigor da lei (art. 142 do CTN), devidamente fundamentado, lastreado nos princípios que movem a Administração Pública (artigo 37, caput, da Constituição Federal de 1988 e artigo 2º, caput, e parágrafo único, da Lei 9.784/1999), e regularmente notificado ao sujeito passivo, não há falar em sua nulidade.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 01/06/2005

NÃO OBSERVÂNCIA DO PRAZO DECADENCIAL. DESCABIMENTO

Em regra, o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Em relação à penalidade aplicada, o prazo a ser observado tem como início da contagem a data da infração.

Uma vez atendido o prazo de até 05 (cinco) anos do fato ensejador para constituição do crédito, não se cabe falar em decadência.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Por bem reproduzir os fatos ocorridos até aquele momento, transcrevo o relatório da decisão recorrida:

DO LANÇAMENTO

Em síntese, cuida o presente feito de Notificações de Lançamento, às fls. 2/27, lavradas, em 12/01/2009, pela ALFPTSTS/DIDAD/EQLAP da ALF Porto de Santos, no montante total de **R\$ 12.969,07**, referentes à exigência de II e da multa proporcional de 50% do art. 106, inciso II, “d”, do Decreto-lei nº 37/1966, da COFINS-Importação e PIS/PASEP-Importação, em face do operador portuário **SANTOS-BRASIL S/A**, tudo em decorrência da falta de mercadoria constatada em vistoria aduaneira efetuada a pedido do importador São Paulo Alpargatas S/A (datado de 16/05/2005), pelo fato de o depositário Tecondi – Terminal para Contêineres da Margem Direita S/A – Pátio 2 (doravante, **TECONDI – Pátio 2**), haver acusado diferença na pesagem a menor por ocasião do recebimento das mercadorias do operador portuário **SANTOS-BRASIL S/A**, muito embora os lacres originais permanecessem intactos, pelo que, inicialmente, acarretou a lavratura de Notificações de Lançamento, datadas de 01/06/2005, em face do referido depositário **TECONDI – Pátio 2**, posteriormente, anulada *ex vi* do Acórdão nº 07-14.565-1ª Turma da DRJ/FNS, datado de 14/11/2008 (Processo nº 11128.005334/2005-72), por ilegitimidade passiva, ora substituídas pelas presentes notificações.

Anexos (dentre outros):

- Demonstrativo de cálculos (à fl. 28);
- Cópia da Notificação de Lançamento (PAF nº 11128.005334/2005-72) em face da Tecondi - Terminal para Contêineres da Margem Direita S/A – Pátio 2 (às fls. 29-43);

- Solicitação de Vistoria Aduaneira pela importadora São Paulo Alpargatas S/A, de 16/05/2005 (às fls. 44-49);
- Termo de Abertura e Verificação de Mercadoria de Importação, de 10/05/2005 (à fl. 50);
- Aviso de Recebimento de Carga- “Registro de Avarias-Tecondi” Data do Extrato: 22/04/2005 e Repesagem (às fls. 51-55);
- Termo de Vistoria Aduaneira nº 47, de 01/06/2005, e anexos (Interessado: São Paulo Alpargatas S/A / processo nº 11128.003513/2005-75), às fls. 63-89;
- Defesa da Tecondi – Terminal para Contêineres da Margem Direita S/A, da Notificação de Lançamento PAF nº 11128.005334/2005-72 (às fls. 94-109);
- Acórdão nº 07-14.565-1ª Turma da DRJ/FNS, de 14/11/2008/Processo nº 11128.005334/2005-72 (às fls. 168-169);
- Notificação/GCOT nº 152/2009, de 29/01/2009 / Processo nº 11128.000.365/2009-61 (à fl. 185);
- AR da ciência da autuação da SANTOS-BRASIL S/A (à fl. 186);

DA CIÊNCIA

A ciência da autuação ao sujeito passivo **SANTOS-BRASIL S/A** se deu em **19/02/2009** pela via postal /AR (à fl. 186).

DA IMPUGNAÇÃO

O sujeito passivo **SANTOS-BRASIL S/A**, irredimido com as notificações, apresentou Peça Impugnativa (às fls. 242 – 251), e anexos (às fls. 252 – 305), **protocolizada em 25/02/2009**, conforme síntese a seguir:

- Que, na verdade, os Autos de Infração tratados no processo em referência, que tem como objeto apurar fato gerador ocorrido na distante data de 01/06/2005, envolvendo extravio de mercadoria contida no contêiner INBU 530967-1, já foram objeto de apuração e de absolvição da empresa Tecondi - Terminais de Contêineres da Margem Direita S/A, conforme se constata pela leitura da decisão, Proc. nº 11128.005334/2005-72, subscrita pela ilustre Relatora da 1ª Turma da DRJ/FNS, que em síntese entendeu que:
"considerando que a responsabilidade pela falta de mercadoria deve ser atribuída a quem lhe tiver dado causa e que a adoção das devidas cautelas eximem a depositária dessa responsabilidade, voto pela nulidade do lançamento, por ilegitimidade de parte passiva."
- Que, por absurdo que possa parecer, passados mais de 03 (três) anos e oito meses do fato gerador ocorrido em 01/06/2005, não satisfeita com os termos inequívocos da r. decisão da 1ª Turma da DRJ/FNS, que evidentemente são aproveitados para a operadora portuária e ora impugnante SANTOS-BRASIL S/A, a Alfândega do Porto de Santos resolve buscar outro responsável pela suposta irregularidade;
- Que, os termos da Notificação de Lançamento relacionados ao Processo nº 11128.005334/2005-72, tendo então como notificada a empresa Tecondi - Terminais de Contêineres da Margem Direita S/A, foram repetidos na "nova" Notificação de Lançamento em relação a ora impugnante SANTOS-BRASIL S/A;

- Que é inadmissível o aproveitamento do distante fato gerador ocorrido em 01/06/2005 e que dizia respeito a uma outra empresa;
- Que a ilegitimidade passiva proferida pela decisão da 1ª Turma da DRJ/FNS também se aplica em favor da ora impugnante SANTOS-BRASIL S/A;
- Que, quando a ora impugnante entregou o contêiner à empresa Tecondi - Terminais de Contêineres da Margem Direita S/A, o lacre do contêiner se encontrava absolutamente em ordem, ou seja, estava íntegro;
- Que, a impugnante não incorreu em qualquer comportamento culposos, tendo agido dentro dos estritos termos legais. O art. 591 do Decreto nº 4.543/2002 dispõe que a *"responsabilidade pelo extravio ou pela avaria de mercadoria será de quem lhe deu causa..."*. A causa não foi provocada por ação ou omissão da impugnante, não havendo nos autos qualquer prova que demonstre o contrário;
- Que, a documentação que instruiu o presente processo demonstra que a Alfândega do Porto de Santos, num primeiro momento, atribuiu responsabilidade à Tecondi, quando então sequer se cogitava em responsabilizar a ora impugnante SANTOS-BRASIL S/A;
- Que, somente após tomar conhecimento da decisão que anulou o Lançamento em relação à Tecondi (PAF nº 11128.005334/2005-72), e sem qualquer menção de responsabilidade da SANTOS-BRASIL S/A, foi que a Alfândega resolveu responsabilizar outra empresa, a ora impugnante, sem qualquer explicação, praticamente repetindo os termos então utilizados há muitos anos;
- Que, os lançamentos resultantes do presente processo não possuem o menor cabimento, devendo também ser reconhecida a ilegitimidade passiva da ora impugnante SANTOS-BRASIL S/A, declarando-se sua nulidade, e por via de consequência sem efeito as autuações;
- Que, as autuações não explicitam o motivo da tentativa de responsabilização da ora impugnante, uma vez que no passado sequer cogitava-se da responsabilidade da ora impugnante, sem dizer da perda do direito de efetuar novo lançamento, em face do tempo passado desde o apontado fato gerador;
- Que assim, não se afigura subsistente o PAF nº 11128.000.365/2009-61, devendo ainda ser desconstituído o crédito tributário apurado, eis que incabível na espécie, tornando ainda insubsistente qualquer penalidade aplicada à impugnante, decorrente do processo em epígrafe.
- Que, além da ilegitimidade passiva da ora impugnante SANTOS-BRASIL S/A, há de se mencionar que o crédito tributário consolidado reclamado não é devido, uma vez que as mercadorias contidas no contêiner referido sequer foram nacionalizadas, não tendo sido iniciado o despacho aduaneiro, portanto não ocorreu o início do fato gerador da obrigação tributária;
- Que, a incidência dos tributos acima mencionada ocorre com o desembaraço aduaneiro, momento este em que são verificados os valores a serem recolhidos. No caso vertente não se procedeu tal formalidade, pelas razões óbvias acima comentadas;
- Que, de qualquer forma a Notificação de Lançamento não pode prosperar, uma vez que o apontado extravio das mercadorias não ocorreu no terminal da impugnante, pois conforme exposto e demonstrado, o lacre do contêiner sempre esteve preservado;

- Por fim, cumpre novamente observar que a impugnante estaria sendo obrigada a arcar com o pagamento de significativa quantia em dinheiro, decorrente da tentativa da Alfândega do Porto de Santos de encontrar um responsável qualquer pelo pagamento dos impostos, após a r. decisão proferida pela 1ª Turma da DRJ/FNS, que decidiu pela ilegitimidade passiva da Tecondi, no processo nº 11128.005334/2005-72. Não se pode concordar com o presente processo, até pelo fato de que a r. decisão acima referida beneficia a ora impugnante;

DO PEDIDO

- Por todo o exposto, requer o acolhimento da presente impugnação, para que sejam declarados nulos e sem efeito o Lançamento, o Auto de Infração e por via de consequência todo o Processo nº 11128.000.365/2009-61, reconhecendo-se a ilegitimidade de parte passiva da ora impugnante SANTOS-BRASIL S/A, tornando ainda insubsistente qualquer penalidade aplicada à impugnante, decorrente do processo em epígrafe;
- Cumpre ainda observar/afirmar que tanto o Lançamento como o Auto de Infração não explicitam o motivo da tentativa de responsabilização da ora impugnante, uma vez que no passado sequer cogitava-se da responsabilidade da impugnante, sem dizer da perda do direito de efetuar novo lançamento;
- Evidente que não se afigura subsistente o Processo nº 11128.000.365/2009-61, devendo ainda ser desconstituído o crédito tributário apurado, eis que incabível na espécie, tornando ainda insubsistente qualquer penalidade aplicada à impugnante, decorrente do processo em epígrafe;
- De qualquer forma não seria devido o apontado e suposto crédito tributário reclamado, uma vez que as mercadorias contidas no contêiner referido sequer foram nacionalizadas, não tendo sido iniciado o despacho aduaneiro, não tendo ocorrido o início do fato gerador da obrigação tributária;
- Que, nos termos do artigo 16, inciso IV do Decreto nº 70.235/1972, protesta pela produção de prova testemunhal, consistente na oitiva de funcionários da impugnante, que poderão confirmar a integralidade do lacre do contêiner INBU 530967-1, se tal medida se afigurar necessária.

A Contribuinte recebeu a Intimação nº 1097/2017 (e-fls. 329) pela via postal em data de 11/08/2017 (e-fls. 335-336), apresentando o Recurso Voluntário de e-fls. 339-352 em data de 06/09/2017 (Termo de Análise de Solicitação de Juntada de e-fls. 338), pelo qual pediu pela reforma do Acórdão 08-039.604, com a declaração da nulidade da penalidade de multa aplicada, por faltar a tipicidade da conduta imputada.

Em razões de recurso, preliminarmente a defesa pediu pelo reconhecimento da decadência do lançamento pela inexistência do fato gerador, bem como nulidade do auto de infração, ilegitimidade passiva, cerceamento de defesa e, no mérito, pediu pela insubsistência da autuação, o que fez com os seguintes argumentos:

- A DRJ manteve a autuação em razão de suposta responsabilidade pelo extravio da mercadoria contida no contêiner INBU 530967-1, muito embora os lacres originais permanecessem intactos;*
- O extravio da mercadoria não ocorreu no terminal da Recorrente;*
- O auto de infração é nulo, uma vez que a Recorrente não incorreu em comportamento culposos;*

- iv) *É parte ilegítima para figurar no polo passivo desta ação fiscal;*
- v) *Ocorreu o cerceamento de defesa;*
- vi) *Não foi demonstrada a tipicidade da conduta alegada, sendo que não há prova da responsabilidade pelo extravio da mercadoria.*
- vii) *Referido extravio de mercadoria contida no contêiner INBU 530967-1 já foi objeto de apuração e absolvição da empresa Tecondi – Terminal para Contêineres da Margem Direita S.A. através do PAF nº 11128.005334/20050-72;*
- viii) *Não obstante a decisão da 1ª Turma da DRJ/FNS, a Fiscalização buscou outro responsável através de novo lançamento, inclusive com os mesmos termos;*
- ix) *Ocorreu a decadência prevista pela regra do artigo 173 do Código Tributário Nacional, c/c artigo 669 do Decreto nº 4.453/2002 (vigente à época). Não há fato gerador, uma vez que a incidência dos tributos ocorre com o desembaraço aduaneiro, o que não ocorreu neste caso;*

Através do Despacho de Encaminhamento de e-fls. 383, o processo foi incluído em lote/sorteio.

É o relatório.

Voto

Conselheira Cynthia Elena de Campos, Relatora.

1. Pressupostos legais de admissibilidade

Conforme relatório, o recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade, motivo pelo qual deve ser conhecido.

2. Preliminarmente

2.1. Decadência

Alega a Recorrente a configuração de decadência pela inexistência do fato gerador, uma vez que não ocorreu o desembaraço aduaneiro e nacionalização da mercadoria.

Sem razão.

O Código Tributário Nacional assim define o fato gerador:

Art. 114. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

Compete ao legislador, portanto, definir o momento e circunstâncias fáticas em que ocorre o fato gerador da obrigação tributária.

E o fato gerador do Imposto de Importação tem regramento definindo o aspecto temporal, conforme dispõe o art. 23 do Decreto-Lei nº 37/1966:

Art.1º - O Imposto sobre a Importação incide sobre mercadoria estrangeira e tem como fato gerador sua entrada no Território Nacional.

§ 2º - Para efeito de ocorrência do fato gerador, considerar-se-á entrada no Território Nacional a mercadoria que constar como tendo sido importada e cuja falta venha a ser apurada pela autoridade aduaneira. (sem destaques no texto original)

Art. 23 - Quando se tratar de mercadoria despachada para consumo, considera-se ocorrido o fato gerador na data do registro, na repartição aduaneira, da declaração a que se refere o artigo 44¹.

Parágrafo único. A mercadoria ficará sujeita aos tributos vigentes na data em que a autoridade aduaneira efetuar o correspondente lançamento de ofício no caso de:

I – falta, na hipótese a que se refere o § 2º do art. 1º; (sem destaques no texto original)

Assim é delimitado o nascimento da obrigação tributária pelo Ilustre Jurista Geraldo Ataliba²:

A determinação do momento do nascimento da obrigação tributária (aspecto temporal da h.i.) está nas disposições legislativas. Dino Jarach é incisivo, ao sublinhá-lo: “Para a delimitação temporal das hipóteses de incidência, o legislador pode adotar diferentes posturas: pode atribuí-las ou imputá-las — para os efeitos da obrigação tributária que nasce — a um período, ou ainda pode considerá-las no resultado último, ao finalizar o processo; ou bem adotar um momento qualquer do próprio processo inicial ou final”.

No caso concreto, operou-se o fato gerador presumido, uma vez que a mercadoria, acobertada pelos documentos de transporte, teve sua conferência final de manifesto registrada sem protesto e/ou ressalva pela Recorrente, subsumindo-se à hipótese de incidência prevista no § 2º do art. 1º do Decreto-Lei nº 37/1966, acima citado.

Com isso, uma vez que o fato gerador ocorreu na forma presumida em data de 01/06/2005, sendo o lançamento lavrado em data de 12/01/2009, com ciência inequívoca da Autuada em data de 19/02/2009, deve ser afastada a alegação da defesa sobre a configuração de decadência.

2.2. Nulidade do lançamento e Cerceamento de Defesa

Alega a defesa que o lançamento é nulo, uma vez que, em primeiro momento, foi atribuída responsabilidade à Tecondi e, somente após a DRJ de Florianópolis anular o primeiro auto de infração, foi lavrada nova autuação contra a ora Recorrente, o que se fez com os mesmos fatos anteriores e sem qualquer explicação.

Alega, ainda, que em nenhum momento incorreu em qualquer comportamento culposos, tendo adotado todas as cautelas legais, sendo que os lacres permaneceram intactos e

¹ Art.44 - Toda mercadoria procedente do exterior por qualquer via, destinada a consumo ou a outro regime, sujeita ou não ao pagamento do imposto, deverá ser submetida a despacho aduaneiro, que será processado com base em declaração apresentada à repartição aduaneira no prazo e na forma prescritos em regulamento.

² ATALIBA. Geraldo, Hipótese de Incidência Tributária. São Paulo. Malheiros. 2004, 6ª edição, p. 99.

somente os funcionários poderiam confirmar que a ora Recorrente não deu causa ao extravio. Com isso, o indeferimento da prova testemunhal requerida configurou cerceamento de defesa.

Sem razão.

Não há que se falar em nulidade do lançamento, tendo em vista que tal ato foi devidamente motivado e com correta subsunção dos fatos à norma legal invocada pelo Auditor Fiscal, o qual procedeu na estrita observância dos ditames contidos no artigo 142 do Código Tributário Nacional³.

Por sua vez, a autuação foi devidamente cientificada ao sujeito passivo, instaurando-se a fase litigiosa do procedimento com a apresentação tempestiva da impugnação, nos termos dos artigos 14 e 15 do Decreto 70.235/1972⁴.

Observo, ainda, que não prospera o argumento de que a autuação foi lavrada sem qualquer explicação. Como já mencionado, o auto de infração contém a adequada descrição dos fatos e elementos que levaram à conclusão pelo lançamento, de modo a delimitar com clareza o seu objeto e permitir a plenitude da defesa, como de fato ocorreu através da impugnação demonstrando o conhecimento pormenorizado de todos os fundamentos da autuação e pontos controvertidos.

Ademais, as alegações apontadas em defesa não se enquadram na previsão do artigo 59 do Decreto nº 70.235/1972⁵, que identifica as hipóteses de nulidade do procedimento, passíveis de cancelamento da autuação.

Com relação ao alegado cerceamento de defesa, deve ser mantida a decisão de origem, cujo r. voto condutor bem fundamentou o indeferimento do pedido de produção de prova testemunhal, conforme abaixo reproduzido:

Denega-se o pedido de realização de diligência para produção de prova testemunhal (oitiva de funcionários da notificada acerca da integralidade do lacre do contêiner INBU 530967-1), por considerá-la prescindível à solução do feito.

³ Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível..

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

⁴ Art. 14. A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento.

Art. 15. A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de trinta dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência.

⁵ Art. 59. São nulos:

- os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;
- 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.

Decreto nº 70.235/1972

Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no art. 28, in fine. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

(...)

No mais, caso fosse de interesse da notificada, os depoimentos de seus funcionários poderiam ter sido reduzidos a termo (e devidamente assinados pelos depoentes) e apresentados juntamente com sua Peça de Defesa.

Por derradeiro, entendo ainda que, a Administração Tributária não tem que envidar esforços desproporcionais para sanar possíveis deficiências de instrução causadas pela própria contribuinte, mormente quando se considerar o processo já apto ao julgamento.

Portanto, igualmente afasto tais preliminares.

Observo que a preliminar de ilegitimidade passiva será abaixo analisada, uma vez que os argumentos de defesa se confundem com o mérito.

3. Mérito

Versa este processo sobre a autuação lavrada em data de 12/01/2009, em desfavor do operador portuário SANTOS-BRASIL S/A, cuja razão social foi alterada para NUMERAL 80 PARTICIPAÇÕES S/A, posteriormente incorporada pela SANTOS BRASIL PARTICIPAÇÕES S/A.

O Auto de Infração foi lavrado no valor total de R\$ 12.969,07 (doze mil, novecentos e sessenta e nove reais e sete centavos), referentes à exigência de Imposto de Importação e da multa proporcional de 50% do art. 106, inciso II, “d”, do Decreto-lei nº 37/1966⁶, da COFINS-Importação e PIS/PASEP-Importação.

O litígio versa sobre o extravio de 1.090 Kg, equivalente a 151 (cento e cinquenta e uma) caixas contendo, cada uma, 12 (doze) pares de calçados para esportes (tênis) da marca Rainha (NCM 6404.11.00).

A Fiscalização decorreu da acusação, pelo depositário Tecondi – Terminal para Contêineres da Margem Direita S/A – Pátio 2, acerca de diferença na pesagem a menor por ocasião do recebimento das mercadorias, o que ensejou no pedido de vistoria aduaneira pelo importador São Paulo Alpargatas S/A.

Conforme esclarecimentos do Despachante Aduaneiro (e-fls. 44) ao requerer a vistoria, a mercadoria estava acondicionada em 02 (dois) Containers de 40' - TRIU 511.396-0 (Lacre de Origem H154288), INBU 530.967-1 (Lacre de Origem G1052521), constando que foi apresentada em boas condições estruturais, sem furos e ou fissuras, sem deformações relevantes

⁶ Art.106 - Aplicam-se as seguintes multas, proporcionais ao valor do imposto incidente sobre a importação da mercadoria ou o que incidiria se não houvesse isenção ou redução:

II - de 50% (cinquenta por cento):

d) pelo extravio ou falta de mercadoria, inclusive apurado em ato de vistoria aduaneira.

e providos dos lacres originais, todavia apresentando diferença de peso para menor na ordem de 6.062,500 kgs.

Inicialmente, o lançamento foi lavrado contra o depositário Tecondi – Pátio 2, porém anulado através do Acórdão nº 07-14.565, proferido em data de 14/11/2008 no Processo Administrativo Fiscal nº 11128.005334/2005-72 pela 1ª Turma da DRJ/FNS (e-fls. 168-169), no qual foi declarada a ilegitimidade passiva daquele autuado, conforme voto abaixo reproduzido:

Conforme já narrado, a exigência em causa refere-se falta de mercadoria verificada em ato de vistoria aduaneira provocada pelo importador, em face da divergência de peso do contêiner registrada pela depositária e ora impugnante.

Examinados os autos, o que se subtrai dos elementos que o instruem é que o contêiner em causa foi desembarcado e movimentado pelo operador portuário; que não obstante a integridade do lacre de origem, no ato do recebimento da carga, foi registrada pelo depositário divergência de peso relativamente aos dados registrados pelo responsável pela descarregamento do navio da referida unidade de carga, e que não houve protesto do entregador da carga para a depositária quanto a essa divergência.

Diante desses registros, não pode ser imputada à depositária a responsabilidade pela falta verificada, haja vista as cautelas por ela adotada e o fato de ter sido por ela mantida a integridade do lacre de origem durante o período de armazenagem da mercadoria.

Em face do exposto, considerando que a responsabilidade pela falta de

mercadoria dever ser atribuída a quem lhe tiver dado causa e que a adoção das devidas cautelas eximem a depositária dessa responsabilidade, voto pela nulidade do lançamento, por ilegitimidade de parte passiva.

Após o direcionamento da autuação para a ora Recorrente, o que se fez através de lavratura de novo Auto de Infração, a Autuada insurgiu argumentando por sua ilegitimidade passiva, considerando que não foi explicitado o motivo da tentativa de sua responsabilização, a qual sequer foi cogitada anteriormente.

Alegou ainda que, ao entregar o contêiner à empresa Tecondi, o lacre se encontrava íntegro, o que foi confirmado nos autos.

Sem razão à Recorrente.

Da análise dos autos, é possível constatar que o contêiner INBU 530967-1 foi recebido pelo Recorrente do transportador marítimo sem qualquer ressalva quanto ao peso e ou ao lacre e, somente com a pesagem após a entrega ao depositário TECONDI – Pátio 2, foi constatada a divergência de peso a menor.

O Decreto nº 4.543/2002, que há época dos fatos⁷ regulamentava a administração das atividades aduaneiras, a fiscalização, o controle e a tributação das operações de comércio exterior, assim previa:

Art. 581. A vistoria aduaneira destina-se a verificar a ocorrência de avaria ou de extravio de mercadoria estrangeira entrada no território aduaneiro, a identificar o

⁷ CTN: Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

responsável e a apurar o crédito tributário dele exigível (Decreto-lei nº 37, de 1966, art. 60, parágrafo único).

§ 1º A vistoria será realizada a pedido, ou de ofício, sempre que a autoridade aduaneira tiver conhecimento de fato que a justifique, devendo seu resultado ser consubstanciado em termo próprio. (sem destaque no texto original)

Art. 582. O volume que, ao ser descarregado, apresentar-se quebrado, com diferença de peso, com indícios de violação ou de qualquer modo avariado, deverá ser objeto de conserto e pesagem, fazendo-se, ato contínuo, a devida anotação no registro de descarga, pelo depositário. (sem destaque no texto original)

Art. 583. Cabe ao depositário, logo após a descarga de volume avariado, ou a constatação de extravio, registrar a ocorrência em termo próprio, disponibilizado para manifestação do transportador, na forma e no prazo estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal. (sem destaque no texto original)

Art. 589. A conferência final do manifesto de carga destina-se a constatar extravio ou acréscimo de volume ou de mercadoria entrada no território aduaneiro, mediante confronto do manifesto com os registros de descarga (Decreto-lei nº 37, de 1966, art. 39, § 1º).

Art. 591. A responsabilidade pelo extravio ou pela avaria de mercadoria será de quem lhe deu causa, cabendo ao responsável, assim reconhecido pela autoridade aduaneira, indenizar a Fazenda Nacional do valor do imposto de importação que, em consequência, deixar de ser recolhido, ressalvado o disposto no art. 586 (Decreto-lei nº 37, de 1966, art. 60, parágrafo único). (sem destaque no texto original)

Art. 592. Para efeitos fiscais, é responsável o transportador quando houver (Decreto-lei nº 37, de 1966, art. 41):

II - extravio de mercadoria em volume descarregado com indício de violação; (sem destaques no texto original)

Art. 593. O depositário responde por avaria ou por extravio de mercadoria sob sua custódia, bem assim por danos causados em operação de carga ou de descarga realizada por seus prepostos.

Parágrafo único. Presume-se a responsabilidade do depositário no caso de volumes recebidos sem ressalva ou sem protesto. (sem destaque no texto original)

Art. 594. As entidades da Administração Pública indireta e as empresas concessionárias ou permissionárias de serviço público, quando depositários ou transportadores, respondem por avaria ou por extravio de mercadoria sob sua custódia, bem assim por danos causados em operação de carga ou de descarga realizada por seus prepostos.

Art. 595. A autoridade aduaneira, ao reconhecer a responsabilidade nos termos do art. 591, verificará se os elementos apresentados pelo indicado como responsável demonstram a ocorrência de caso fortuito ou de força maior que possa excluir a sua responsabilidade.

§ 1º Para os fins deste artigo, e no que respeita ao transportador, os protestos formados a bordo de navio ou de aeronave somente produzirão efeito se ratificados pela autoridade judiciária competente.

§ 2º As provas excludentes de responsabilidade poderão ser produzidas por qualquer interessado, no curso da vistoria. (sem destaque no texto original)

Observo, ainda, que a Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993 (Lei dos Portos), igualmente vigente há época dos fatos e que tratava sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias, assim previa:

Art. 11. **O operador portuário responde perante:**

II - **o proprietário ou consignatário da mercadoria, pelas perdas e danos que ocorrerem durante as operações que realizar ou em decorrência delas;** (sem destaque no texto original)

Art. 12. O operador portuário é responsável, perante a autoridade aduaneira, pelas mercadorias sujeitas a controle aduaneiro, no período em que essas lhe estejam confiadas ou quando tenha controle ou uso exclusivo de área do porto onde se acham depositadas ou devam transitar.

Não obstante constar nos autos a ausência de violação do lacre, deve ser considerado que o Recorrente não procedeu ao registro de extravio da mercadoria por ocasião do recebimento do transportador. Não houve qualquer oposição legalmente prevista, resultando, portanto, na incidência do parágrafo único do artigo 593 do Decreto nº 4.543/2002, acima citado.

Da mesma forma, em nenhum momento foi aventado pelo Recorrente que a mercadoria não embarcou na origem e/ou foi adotada qualquer providência no país exportador visando à investigação sobre o extravio.

Opera-se, portanto, uma presunção que não pode ser afastada sem provas robustas de que a mercadoria, apesar de consignada em documentos de transporte, teria deixado de ser embarcada com destino ao Território Nacional.

Por sua vez, estando anotado o peso de 8.550 Kg quando recebido o contêiner pelo Recorrente e, sendo constatado o peso de aproximadamente 1.090 Kg a menor quando da chegada no terminal Tecondi, faltando o equivalente a 151 (cento e cinquenta e uma) caixas, deve ser considerada a responsabilidade do operador portuário.

Ademais, importante observar que a responsabilidade atribuída ao operador portuário decorre da condição de depositário assumida quando do recebimento da mercadoria sem as devidas ressalvas e, estando a mercadoria sob sua custódia, atraiu para si toda a responsabilização com os correspondentes efeitos fiscais pelo extravio ocorrido.

O Código Civil prevê a condição de depositário através do artigo 627 e seguintes, destacando-se os seguintes dispositivos:

Art. 627. Pelo contrato de depósito recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame.

Art. 629. O depositário é obrigado a ter na guarda e conservação da coisa depositada o cuidado e diligência que costuma com o que lhe pertence, bem como a restituí-la, com todos os frutos e acréscimos, quando o exija o depositante.

Art. 642. O depositário não responde pelos casos de força maior; mas, para que lhe valha a escusa, terá de prová-los.

Com isso, forçoso é concluir que a responsabilidade pela mercadoria extraviada será do depositário se deixar de promover a devida ressalva ou protesto. E apenas a comprovação

de ocorrência de *caso fortuito* ou força maior seria passível de eximir o Recorrente da responsabilidade sobre tal extravio, o que não ocorreu neste caso.

Diante dos fatos constatados na entrega da mercadoria para a Tecondi – Pátio 2, não há como afastar da ora Recorrente a responsabilidade incidente e respectivo lançamento.

Por tais razões, perfeitamente cabível a multa prevista pelo artigo 106, inciso II, Alínea “D”, do Decreto-Lei nº 37/66, que assim dispõe:

Art.106 - Aplicam-se as seguintes multas, proporcionais ao valor do imposto incidente sobre a importação da mercadoria ou o que incidiria se não houvesse isenção ou redução:

II - de 50% (cinquenta por cento):

d) pelo extravio ou falta de mercadoria, inclusive apurado em ato de vistoria aduaneira.

Portanto, está correta a autuação direcionada ao Recorrente e mantida pela decisão de 1ª Instância, a qual deve prevalecer pelas razões acima demonstradas.

4. Dispositivo

Ante o exposto, conheço e nego provimento ao Recurso Voluntário.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Cynthia Elena de Campos