



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

Processo nº 11128.002592/2005-05
Recurso nº 344.210 Voluntário
Acórdão nº 3102-00.622 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de março de 2010
Matéria II/IPI - falta de recolhimento
Recorrente LIBRA TERMINAIS S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 28/03/2005

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. QUESTÕES PRELIMINARES. AUSÊNCIA DE APRECIÇÃO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. OCORRÊNCIA. ACÓRDÃO RECORRIDO. NULIDADE.

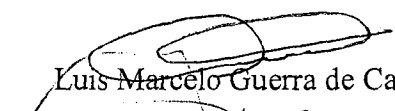
A omissão no Acórdão recorrido da apreciação de questões preliminares, inclusive pedido de diligência, suscitadas na peça impugnatória, por constituir cerceamento do direito de defesa, acarreta a ineficácia do ato administrativo, por vício formal insanável, cujo remédio processual adequado é a declaração de nulidade, para que nova seja proferida em boa e devida forma, saneando o feito, e dela sendo intimada a impugnante, facultando-lhe, no prazo legal, a apresentação do recurso cabível.

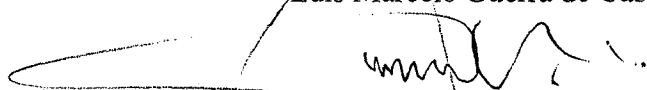
Recurso Parcialmente Provido, para determinar a nulidade do processo a partir do Acórdão recorrido, inclusive.

Processo Anulado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, Por unanimidade, de votos anulou-se o processo a partir da decisão recorrida, inclusive.


Luis Marcelo Guerra de Castro - Presidente


José Fernandes do Nascimento - Relator

EDITADO EM: 19/04/2010

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Luis Marcelo Guerra de Castro, José Fernandes do Nascimento, Celso Lopes Pereira Neto, Nanci Gama, Beatriz Veríssimo de Sena e Nilton Luiz Bartoli.

Relatório

Trata-se de exigência de crédito tributário, formalizada por meio do Auto de Infração de fls. 01/07, compreendendo os seguintes tributos: Impostos sobre a Importação (II), Impostos sobre Produtos Industrializados (IPI), Contribuição para o PIS/Pasep e Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) e das respectivas multas de ofício, além da multa regulamentar sobre o II, aplicável nos casos de extravio de mercadorias e da multa por infração administrativa ao controle das importações aplicável nos casos de importação desamparada de Licença de Importação (LI).

Por relatar adequadamente os motivos da autuação e os argumentos da defesa, transcrevo a seguir o bem elaborado relatório encartado no Acórdão recorrido:

Os fatos narrados no auto de infração, bem como os demais elementos constantes do processo, dão conta de que teria atracado em porto brasileiro embarcação da qual foi desembarcado contêiner cuja localização para fins do desembaraço aduaneiro das mercadorias nele contidas foi frustrada por seu desaparecimento.

Consta dos autos que referido container teria sido retirado indevidamente das dependências da autuada mediante a apresentação de Guia de Movimentação (GMCI) falsa, emitida em nome do Terminal Integral, para onde deveria ser movimentada a carga para fins de seu desembaraço. Do ponto de vista formal, tal GMCI apresentava-se perfeita e sua falsidade somente foi acusada pela unidade depositária à qual a mercadoria seria destinada, por ocasião da apresentação de uma nova versão, dita verdadeira, dessa mesma GMCI, quando o container já havia sido retirado das dependências da depositária e desviado de sua destinação.

Ao que se sabe, em 03/11/2004, foi constatada, pelo estabelecimento destinatário da carga a ser movimentada, a ocorrência da retirada do contêiner das dependências do operador portuário – Libra Terminais S.A., anteriormente à emissão da GMCI que reconhece como sendo verdadeira. Todavia, somente em 19/01/2004 foram os fatos informados à fiscalização aduaneira, quando o importador apresentou o pedido de vistoria aduaneira, de fl. 14.

Em 23/08/2003, nas dependências da Alfândega, foi promovida reunião entre as partes interessadas, da qual resultou o Termo de Constatação de Ocorrência, de fls. 51 a 53, no qual foi definida a responsabilidade pelos tributos devidos em face do extravio de mercadoria constatado, cujo montante foi objeto do demonstrativo de fls. 54 a 57.

Com base nesses elementos foi lavrado o auto de infração ora litigado, nos termos de impugnação em que foi argüida nulidade

calçada no fato de que os procedimentos fiscais destinados a apurar a ocorrência de que se trata foram adotados a destempo, uma vez que na data em que o fisco tomou conhecimento da falta, mediante a apresentação, pelo importador do pedido de vistoria aduaneira, a mercadoria já se encontrava abandonada e sujeita ao perdimento, o que afasta a caracterização de seu extravio.

No mérito, argumenta que os contratos para movimentação de cargas na área portuária são regidos por normas de direito privado, sem a participação do poder público e que, portanto, não sendo a União parte nessa contratação, a requerente não lhe deve qualquer prestação. Sua responsabilidade contratual foi firmada perante o importador, exclusivamente.

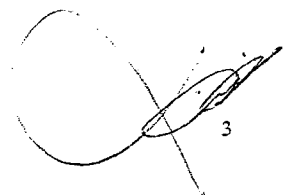
Alega que, não tendo sido as mercadorias submetidas a despacho aduaneiro, não houve a ocorrência do fato gerador dos tributos incidentes sobre a importação; que não tendo sido levadas a perdimento as mercadorias não eram propriedade da União; que essas mercadorias encontravam-se sob regime de trânsito aduaneiro; que os dados informados na GMCI tida por falsificada eram do conhecimento exclusivo da depositária de destino da carga, razão pela qual não se lhe pode imputar a responsabilidade sobre falta decorrente da emissão de documentário inidôneo.

Menciona as regras referentes aos procedimentos de descarga e transferência para recintos alfandegados, instituídas conforme a Comunicação de Serviço GAB 29/1996, segundo as quais o operador do recinto alfandegado de destino é quem informa as cargas que devem ser transferidas para suas dependências através de solicitação formulada eletronicamente junto ao sistema DT-E, o qual processará automaticamente e retransmitirá as respectivas autorizações de entrega ao operador portuário responsável pelas operações de carga e descarga do navio correspondente, e também à Codesp (...).

Nessa orientação procedimental sedimenta seu argumento de que somente o operador portuário de destino tinha conhecimento suficiente para emitir a GMCI que, mesmo falsa, continha todos os elementos necessários à sua validade.

Diante da sinalização de que o desaparecimento do contêiner em questão não traduz simples extravio, porém revela a ocorrência de roubo, praticado por quadrilha que, há muito, atua no Porto de Santos, tem por caracterizada excludente de responsabilidade, em face da ocorrência de caso fortuito ou de força maior.

Na seqüência, protesta contra a exigência de juros moratórios com base na taxa selic, bem como contra as exigências das multas por falta de Licença de Importação e de ofício aplicadas em concomitância com a multa regulamentar proporcional ao Imposto de Importação exigido.



Na sessão de 05 de setembro de 2008, a Primeira Turma da DRJ – Florianópolis/SC, por unanimidade, julgou procedente em parte o lançamento, para excluir do crédito tributário o valor relativo à multa por falta de licença de importação, e por voto de qualidade, excluiu as multas de ofício aplicadas, o qual foi formalizado por meio do Acórdão nº 07-13.898 (fls. 161/166), cuja ementa segue transcrita:

Assunto: Imposto sobre a Importação – II

Data do fato gerador: 28/03/2005

*ROUBO DE CARGA. DEPOSITÁRIO. VISTORIA ADUANEIRA.
II. IPI. PIS/PASEP. COFINS. PENALIDADES.*

Nos casos de extravio de mercadoria, o depositário responde pelos tributos devidos, em relação às mercadorias que se encontravam sob sua custódia.

Os contratos particulares não podem ser opostos à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.

Aplica-se a multa prevista no artigo 106 do Decreto-lei nº 37, de 1966, quantificada em 50% do valor do imposto de importação exigível em razão do extravio de mercadorias.

Incabível a exigência das multas de ofício aplicadas, posto que o responsável tributário somente pode cumprir sua obrigação de pagar os tributos incidentes sobre o extravio de mercadoria depois dos procedimentos de ofício afetos à atividade fiscal, tendentes a apurar a falta, calcular o montante dos tributos devidos e designar o sujeito passivo da obrigação em causa. Trata-se de situação em que o responsável jamais poderá efetuar referido pagamento automaticamente, sem a intervenção de ofício do agente fiscal. Sua obrigação de pagar nasce com o lançamento de ofício, sem o qual nada por ele seria devido.

Igualmente incabível a exigência da multa por infração administrativa ao controle das importações, consubstanciada na falta de licença de importação, bastando para sua exclusão o fato de que o responsável tributário não tem a obrigação de licenciar a importação.

Lançamento Procedente em Parte.

Em 07/10/2008, a recorrente tomou ciência do referido Acórdão, por via postal, (fl. 167v). Inconformada, em 06/11/2008, protocolou na Unidade de origem o Recurso Voluntário de fls. 170/207, em que reapresenta as alegações aduzidas na peça impugnatória e, em aditamento, alega ausência no Acórdão recorrido da motivação/fundamentação legal para o indeferimento dos pedidos de produção de provas/diligências, o que acarretou o cerceamento do seu direito de defesa, maculando o presente processo com vício formal insanável. Pleiteia, novamente, a conversão do feito em diligência, a fim de que sejam respondidos os quesitos apresentados na impugnação, protestando, ainda, pela formulação de quesitos suplementares.

Requer, ao final, o acolhimento das preliminares suscitadas e, quanto ao mérito, o integral provimento ao presente Recurso, declarando a total insubsistência da presente ação fiscal.

Os documentos de fls. 208/265 vieram instruindo o referido Recurso.

Em cumprimento ao despacho de fl. 271, os presentes autos foram enviados ao extinto Terceiro Conselho de Contribuintes. Na sessão de 19 de outubro de 2009, por sorteio, foram distribuídos a este Conselheiro.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro José Fernandes do Nascimento, Relator

O presente recurso é tempestivo, preenche os demais requisitos de admissibilidade e trata de matéria da competência deste Colegiado, portanto, dele tomo conhecimento.

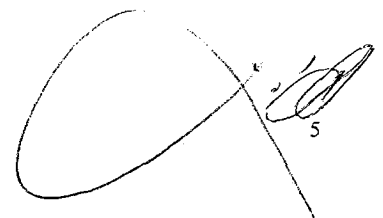
Em preliminar, pleiteia a recorrente nulidade do presente procedimento fiscal, alegando vício formal insanável, com o argumento de que não houve, no Acórdão recorrido, motivação/fundamentação legal para o indeferimento dos pedidos de produção de provas e realização de diligência, formulados na impugnação, o que caracterizou cerceamento do direito de defesa, com flagrante ofensa ao devido processo legal.

De fato, analisando a peça impugnatória de fls. 81/110, verifico que a interessada pleiteou, em preliminar, a nulidade do presente Auto de Infração, com o argumento de que ele estava eivado de vícios formais insanáveis, pelos seguintes fatos: a) houve equívoco no cálculo dos tributos e multas devidos, pois alguns dos códigos tarifários utilizados pela autoridade fiscal não guardavam relação com a descrição dos equipamentos relacionados no demonstrativo de cálculo de fls. 54/55; b) os tributos foram calculados com base, exclusivamente, na fatura comercial de fls. 16/17, que não atenderia as exigências dos arts. 497 a 502 do Regulamento Aduaneiro de 2002; c) a importadora, empresa vinculada ao sistema Fundap, estaria promovendo importação por conta e ordem de terceiros, sem declinar tal informação nos documentos de embarque (fatura comercial e conhecimento de carga).

Em preliminar, requereu ainda: a) a instauração de incidente de falsidade documental, com referência a referida fatura comercial, devendo, para tanto, ser anexada aos autos a via original do citado documento; b) a declaração de nulidade do Termo de Vistoria Aduaneira de fls. 51/57, por vício formal insanável, pois (i) os tributos e multas foram calculados com base em fatura comercial com autenticidade questionável, (ii) nos o demonstrativos de cálculo dos tributos e multas, as classificações fiscais adotadas pela autoridade fiscal não guardavam relação com a descrição dos equipamentos e (iii) no lançamento não poderia constar o valor do IPI, cujo fato gerador ocorreria somente no desembaraço aduaneiro.

Requereu ainda a recorrente a conversão do feito em diligência junto à Alfândega do Porto de Santos, a fim de que fossem respondidos os quesitos por formulados e consignados nas fls. 166/167.

Por sua vez, compulsando o inteiro teor do voto condutor do Acórdão recorrido, constato que nele não foi abordado nenhuma das questões preliminares suscitadas na



referida peça impugnatória, o que contraria o disposto no art. 17¹ da Portaria MF nº 58, de 17 de março de 2.006, que determina a apreciação das questões preliminares antes da apreciação do mérito.

No mesmo sentido, dispõe o art. 28² do Decreto 70.235, de 1972 (PAF), que na decisão em for julgada questão preliminar dela deverá constar, se for o caso, o indeferimento fundamentado do pedido de diligência ou perícia.

Ademais, o pleito da interessada está respaldado nas normas processuais administrativas em vigor e nos princípios que impõem à Administração o dever de responder fundamentadamente aos requerimentos que lhe são dirigidos.

Neste sentido, no âmbito da legislação processual administrativa, há preceitos legais expressos que determina ineficácia do ato administrativo eivado vício de legalidade. Refiro-me aos comando normativos veiculados nos artigos 59 e 61 do PAF e no artigo 53 da Lei 9.784, de 1999³, que dispõem, *in verbis*:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

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

(...)

Art. 61. A nulidade será declarada pela autoridade competente para praticar o ato ou julgar a sua legitimidade.

(...)

Art. 53 - A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Especificamente, em relação às decisões proferidas no âmbito do processo administrativo fiscal, o art. 31 do PAF determina, de forma clara e objetiva, os requisitos necessários que deverão conter as decisões proferidas nesta seara, com os seguintes termos:

Art. 31. A decisão conterá relatório resumido do processo, fundamentos legais, conclusão e ordem de intimação, devendo referir-se, expressamente, a todos os autos de infração e notificações de lançamento objeto do processo, bem como às

¹ "Art. 17. As questões preliminares são julgadas antes do mérito, deste não se conhecendo quando incompatível com a decisão daquelas.

Parágrafo único. Rejeitada a preliminar, o julgador vencido vota quanto ao mérito".

² "Art. 28. Na decisão em que for julgada questão preliminar será também julgado o mérito, salvo quando incompatíveis, e dela constará o indeferimento fundamentado do pedido de diligência ou perícia, se for o caso". (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

³ A Lei nº 9.784, de 1999, aplica-se subsidiariamente ao PAF, conforme determina o art. 69 a seguir transcrito: "Art. 69. Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei".

razões de defesa suscitadas pelo impugnante contra todas as exigências. (Redação dada pelo art. 1º da Lei nº 8.748/93)

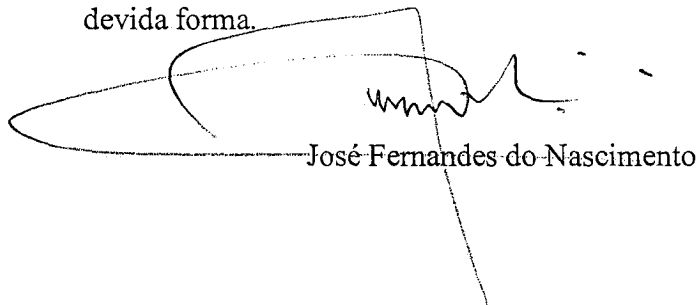
Assim, por força do transcrito preceito legal, a autoridade julgadora, ao proferir a sua decisão, tem o dever de manifestar-se sobre todas as razões de defesa suscitadas pela impugnante contra as exigências fiscais que lhe foram impostas, nem que seja para pronunciar, fundamentadamente, a sua impertinência ou improcedência. No caso, a ausência no Acórdão recorrido da apreciação das referidas questões preliminares levantadas pela recorrente na fase impugnatória, inclusive pedido de diligência, ao meu ver, contraria frontalmente o disposto nos arts. 28 e 31 do PAF.

Além disso, tal omissão afronta diretamente as orientações emanadas dos princípios do contraditório e da ampla defesa, que são de observância obrigatória no âmbito do processo administrativo fiscal. Neste sentido, com o propósito de conferir maior credibilidade ao julgamento proferido nesta esfera, este Colegiado tem se pautado, sempre, na defesa de tais princípios, não tolerando quaisquer falhas que venham esvaziar o seu conteúdo normativo.

Em tais circunstâncias, por não poder decidir o mérito em favor do sujeito passivo, com supedâneo no § 3º do art. 59 do PAF, e em atenção ao primado do duplo grau de jurisdição, entendo que a este Colegiado é defeso adentrar no mérito da presente controvérsia, sem o prévio pronunciamento do Órgão julgador de primeiro grau em relação às questões preliminares e pedido de diligência apresentados na referida impugnação.

Dessa forma, em consonância com o disposto no art. 28 do PAF, caracterizada a incompatibilidade do julgamento do mérito da presente controvérsia, com suporte nos §§ 1º e 2º do citado art. 59 do PAF, proponho a anulação do Acórdão recorrido, para que nova decisão seja prolatada pelo Órgão julgado de primeiro grau, com o saneamento do vício apontado, sendo dela intimada a recorrente, facultando-lhe a possibilidade de apresentar, dentro do prazo legal, o recurso cabível.

Com tais considerações, com fundamento no inciso II do art. 59 do PAF, dou provimento parcial ao presente recurso, para acatar a preliminar de cerceamento do direito de defesa e declarar a nulidade do Acórdão recorrido, devendo outro ser proferido em boa e devida forma.



José Fernandes do Nascimento