ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 11128.009351/2008-21

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

Processo nº	11128.009351/2008-21
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	**3301-004.647 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de	22 de maio de 2018
Matéria	VISTORIA ADUANEIRA
Recorrente	LIBRA TERMINAL S.A.
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 04/01/2005

EXTRAVIO. DEPOSITÁRIO. RESPONSABILIDADE.

A responsabilidade pelo crédito tributário decorrente de extravio de mercadorias estrangeiras é do depositário no caso de recebimento de volumes sem ressalvas ou protestos formalizados em acordo com as normas de regência.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Winderley Morais Pereira - Presidente

(assinado digitalmente)

Antonio Carlos da Costa Cavalcanti Filho - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Winderley Morais Pereira (Presidente), Liziane Angelotti Meira, Marcelo Costa Marques D'Oliveira, Antonio Carlos da Costa Cavalcanti Filho, Rodolfo Tsuboi (Suplente convocado), Ari Vendramini, Semíramis de Oliveira Duro e Valcir Gassen.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra o Acórdão nº 07-38.204, proferido pela 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Florianópolis.

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório constante do acórdão recorrido, em parte:

> Trata o presente processo de Notificação de Lançamento formalizada para exigência de crédito tributário no valor de [...] referente a Imposto de Importação, Imposto sobre Produtos Industrializados, PIS/Pasep-importação, Cofins-importação, multa do artigo 106, inciso II, alínea "d", do Decreto-Lei nº 37/1966.
>
> Depreende-se dos autos que o importador BRASIF DUTY FREE SHOP LTDA. (CNPJ 27.197.888/0012-75) obteve em 21/10/2004 a concessão de trânsito aduaneiro (DTA-Entrada Comum n° 04/0313193-6, fl. 95) com origem no Porto de Santos e destino para o Aeroporto Internacional de São Paulo/Guarulhos, tendo por objeto as mercadorias contidas no contêiner IPXU3429350 que foi descarregado do navio ELQUI em 26/10/2004 (fl. 71).
>
> No curso do despacho para dar início ao trânsito aduaneiro, foi constatada divergência de peso tendo sido realizada a repesagem (fl. 73) na data de 27/10/2004 e a desova parcial em 28/10/2004 (fl. 72) onde foi registrado que "*foram encontradas diversas cos abertas* com suspeita de falta de conteúdo e carga.".
>
> O trânsito aduaneiro restou indeferido em 12/11/2004, conforme consignado no documento de folhas 95.
>
> Em 19/11/2004 o importador apresentou requerimento (fl. 64) para realização de Vistoria Aduaneira, tendo sido então realizado o procedimento em 01/12/2004, conforme Termo de Vistoria n° 106/2004 (fl. 93) que ratificou o extravio de parte da mercadoria e imputou a responsabilidade ao importador.
>
> Considerando que o importador desistiu da vistoria aduaneira (fl. 52) e assumiu, conseqüentemente o pagamento dos tributos e penalidades, foi lavrada em 04/01/2005 a Notificação de Lançamento de folhas 48 a 63. Impugnada a notificação, vieram os autos para julgamento administrativo e foi proferido em 22/08/2008 o Acórdão n° 07-13.569 – 1ª Turma da

DRJ/FNS (fls. 238 e 239), que por unanimidade de votos declarou a nulidade do lançamento, restando assim fundamentado:

> *Conforme já narrado, a exigência em causa refere-se aos tributos incidentes sobre fato gerador presumido consubstanciado no extravio de mercadoria cuja responsabilidade foi atribuída ao importador em face de esse ter desistido de vistoria previamente ao trânsito aduaneiro a que a carga em questão seria submetida.*
>
> *Diga-se que, segundo as provas dos autos, o importador não teria desistido da vistoria, mas sim pleiteado sua realização.*
>
> *Todavia, ainda que a interessada tivesse desistido da vistoria, essa foi realizada previamente A liberação do trânsito aduaneiro.*
>
> *Considerando que pela falta de mercadoria responde quem lhe tiver dado causa e que, na espécie, não há qualquer possibilidade de que o importador tivesse dado causa A falta verificada, uma vez que a carga que deveria ser integrada pela mercadoria faltante não havia ainda sido-lhe entregue, não se pode confirmar a sujeição passiva do lançamento, indicada no auto de infração.*
>
> *Em face do exposto, voto pela nulidade do lançamento, em face da ilegitimidade de parte passiva.*

Anulado o lançamento em face de ilegitimidade de parte passiva, a autoridade fiscal lavrou nova notificação de lançamento em 24/11/2008 (fls. 02 a 44) onde atribui a responsabilidade ao depositário face a ausência de termo de avaria/falta revestido das formalidades legais para a sua validação (assinatura de Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil).

Cientificada do novo lançamento a interessada apresentou impugnação de folhas 301 a 307, na qual alega, em síntese:

Que, o contêiner foi recebido com fortes indícios de violação, foi consignado o Termo de Avaria de Container nº 008275/2004;

Que, o auto é nulo, não fornece à Requerente dados indispensáveis à localização dos documentos que devem fazer parte do processo de importação, limitando-se a reportar ao processo original;

Que, lavrou o Termo de Avaria n° ELQ 111, divergência constatada na entrada nas dependências do Terminal. Adotou as cautelas necessárias e ante a recusa do Comandante da embarcação em assinar o termo de avaria, o documento foi assinado por duas testemunhas;

Que, a Delegacia de Julgamento considerou que caberia ao Depositário a responsabilidade;

[...]

O citado acórdão decidiu pela improcedência da impugnação, assim ementado:

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Data do fato gerador: 04/01/2005

EXTRAVIO. DEPOSITÁRIO. RESPONSABILIDADE.

A responsabilidade pelo crédito tributário decorrente de extravio de mercadorias estrangeiras é do depositário no caso de recebimento de volumes sem ressalvas ou protestos formalizados em acordo com as normas de regência.

Desta decisão a contribuinte foi cientificada, por abertura da mensagem em sua caixa postal, em 27/04/16 (fl. 347). Junta tela de mensagem, de 25/05/16, em sua Caixa Postal no e-CAC da Receita Federal dando conta de erro na solicitação de juntada de mesma data, por falha de processamento (fl. 349). Em 30/05/16, data em que leu esse aviso pela primeira vez, de imediato, solicitou juntada de recurso voluntário (fl. 348) (peça na qual, no entanto, não trata da dita falha).

O recurso voluntário, basicamente: aduz que o Regulamento Aduaneiro não poderia atribuir responsabilidade ao depositário, se esta não está prevista em Lei; que, nem o acórdão de piso, nem a autuação, demonstraram os dispositivos violados relativos aos requisitos do Termo de Avaria; e que foi feita ressalva, logo após a descarga e o que o transportador se negou a se negou a recebê-la.

Foi-me distribuído o presente processo para relatar e pautar.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antonio Carlos da Costa Cavalcanti Filho, Relator.

Considerando a documentada falha de processamento, em uma primeira juntada, considero que o recurso voluntário apresentado é tempestivo e atende aos demais pressupostos de admissibilidade[1].

A recorrente alega que o Regulamento Aduaneiro, Decreto que é, não poderia atribuir responsabilidade ao depositário, não estando esta prevista em Lei, referindo-se aos artigos 121 ao 124 do Código Tributário Nacional (CTN)

> 5 Ocorre que o Regulamento Aduaneiro foi constituído por decreto, que dentre as suas funções, a principal é **a de regulamentar a lei**, ou seja, descer às minúcias necessárias de pontos específicos, **criando os meios necessários para fiel execução da lei, sem, contudo, contrariar qualquer das disposições dela ou inovar o Direito.**
>
> 6 Assim, somente a lei pode inovar o Direito, ou seja, criar, extinguir ou modificar direitos e obrigações. Sendo o decreto apenas um *secundum legem* ou, no máximo, *praeter legem*; jamais poderá ser *contra legem*.
>
> 7 Desta forma, não há que se falar em responsabilidade pelo depositário, tendo em vista que não existe em lei, qualquer definição sobre responsabilidade do depositário, restando esclarecido que decreto não pode criar ou inovar o Direito, sob pena de configurar violação ao ordenamento jurídico.

A responsabilidade pelo extravio foi atribuída ao depositário pelo art. 593 do Decreto 4.543/02 (Regulamento Aduaneiro vigente à época - RA/02):

> 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.

Ao contrário do que defende a contribuinte, há dispositivo legal que atribui responsabilidade tributária ao depositário, dando suporte ao detalhado no Decreto:

Do Decreto-Lei 37/66:

[1] Ressalte-se ser desnecessário responder todos as questões levantadas pelas partes, em já havendo motivo suficiente para decidir (Lei n° 13.105/15, art. 489, § 1º , IV. STJ, 1ª Seção, EDcl no MS 21.315-DF, julgado de 8/6/2016, rel. Min. Diva Malerbi).

> Art . 32. É responsável pelo imposto: (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 2.472, de 01/09/1988)
>
> [...]
>
> II - o depositário, assim considerada qualquer pessoa incubida da custódia de mercadoria sob controle aduaneiro. (Incluído pelo Decreto-Lei nº 2.472, de 01/09/1988)

Aduz ainda a recorrente que, nem o acórdão de piso, nem a autuação "demonstraram os artigos violados dos supostos “requisitos” que devem conter no Termo de Avaria pelo depositário".

No meu entender, o acórdão recorrido reproduz sim os dispositivos violados (grifando-os), ambos também referidos na autuação:

> ***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****.*
>
> *Parágrafo único. Sempre que o interesse fiscal o exigir, o volume deverá ser cerrado com dispositivo de segurança pela fiscalização aduaneira e isolado em local próprio do recinto alfandegado.*
>
> ***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.*
>
> ...
>
> ***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.***

Leia-se a condição "sem ressalvas ou sem protesto" constante do parágrafo único do art. 593 acima, como "sem ressalvas ou sem protesto" consignados na forma estabelecida no art. 583 do RA/02, "em termo próprio, disponibilizado para manifestação do transportador, na forma e no prazo estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal".

O voto condutor do acórdão da Delegacia assim traz os fatos:

> Como se vê, é do depositário a responsabilidade pelo extravio no caso de volumes recebidos sem ressalva ou protesto, assim como é de seu interesse registrar a ocorrência de avarias e diferenças de pesos dos volumes recebidos.
>
> A transferência da responsabilidade sobre as cargas e mercadorias é determinada exatamente no momento em que são aceitas sem qualquer

indicação de que não estejam nas condições informadas nos documentos que as amparam.

No caso dos autos o depositário afirma que lavrou o Termo de Avaria n° ELQ 111 (fl. 314). Ocorre que referido termo não possui os requisitos necessários para atestar o pretendido:

- Não há qualquer indicação relacionada ao momento da lavratura do termo, apenas a indicação da data da descarga (26/10/2004);

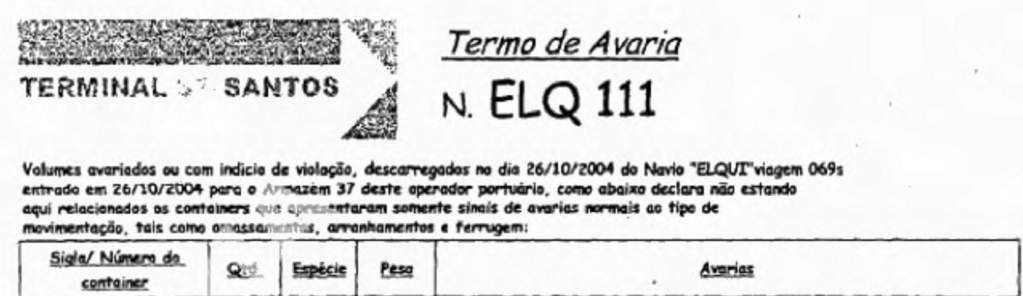
- Não há a assinatura daquele que teria lavrado o termo, Sr. MARCO ANTÔNIO LOPES;

- Não há a assinatura, nem qualificação, das citadas testemunhas, Srs.

ALEXANDRE M. C. DA CRUZ E WLAMIR CARDOSO XAVIER;

- Há expressa menção de que referido termo deveria ser visado por "auditor fiscal da receita federal (ARF)", o que não ocorreu ;

- Não há assinatura do representante do transportador;



TERMINAL [illegible] SANTOS

Termo de Avaria

N. ELQ 111

Volumes avariados ou com indicio de violação, descarregados no dia 26/10/2004 do Navio "ELQUI" viagem 069s entrado em 26/10/2004 para o Armazém 37 deste operador portuário, como abaixo declara não estando aqui relacionados os containers que apresentaram somente sinais de avarias normais ao tipo de movimentação, tais como amassamentos, arranhamentos e ferrugem:

Sigla/ Número do container	Qtd	Espécie	Peso	Avarias
IPXU 3429350	1	CC	TRA	AMASSADO/ARANHADO/ENFERRUJADO/DIVERGENCIA DE PESO/SUSPEITA DE FALTAS E OU AVARIAS

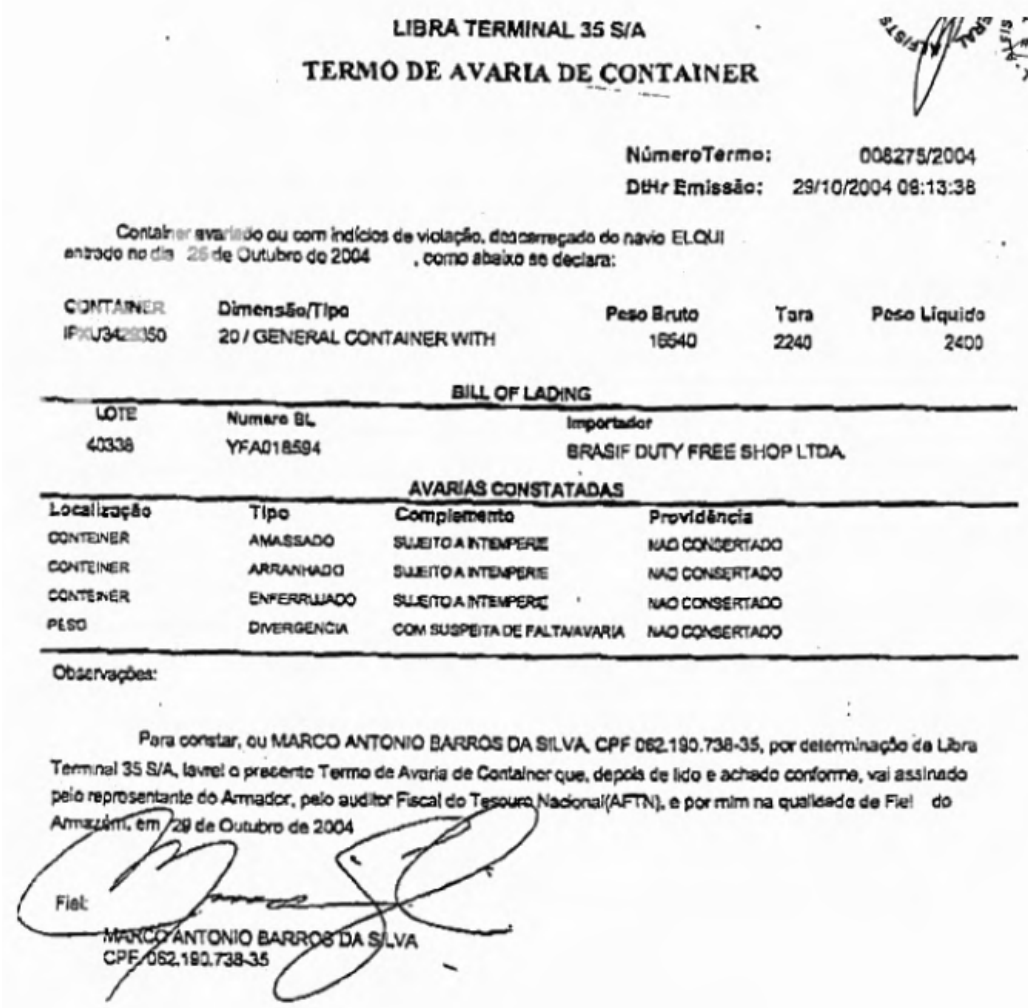
Para constar eu, Marco Antônio Lopes por determinação superior do operador portuário Libra terminais S/A, lavrei o presente termo de avaria que, depois de lido e achado conforme, vai assinado pelo comandante do navio e por mim, e visado, pelo auditor fiscal da receita federal (ARF), em 26/10/2004

Deixou de assinar o presente termo o comandante que não se fez presente ao ato. Testemunhas: Alexandre M. C. da Cruz- RG. 23.869.183-4 Wlamir Cardoso Xavier- RG.9.456.708

O termo lavrado unilateralmente e não apresentado ao representante do transportador (para eventual manifestação sobre o ocorrido), nem visado pela autoridade aduaneira (alegada recusa de ciência pelo comandante da embarcação), acaba por impossibilitar que se possa ter a necessária certeza quanto aos fatos alegados pela impugnante.

O "Termo de Avaria de Container n° 008275/2004" (fl. 179) foi lavrado em 29/10/2004, contudo a descarga do veículo transportador ocorrera cerca de 3 dias antes, em 26/10/2004, como informado no próprio documento. Embora tenha sido assinado pelo Sr. MARCO ANTONIO BARROS DA SILVA, tal termo não foi igualmente assinado pelo representante do transportador, nem pelo "*auditor Fiscal do Tesouro Nacional (AFTN)*" como expressamente requer o próprio documento. Trata-se, pois, de mais um documento formulado unilateralmente pela interessada. Portanto, tanto em razão do tempo decorrido entre a descarga e a constatação

da avaria/falta, quanto em razão da ausência dos fatos antes indicados, tal termo também não se presta a comprovar os fatos alegados pela impugnante:



LIBRA TERMINAL 35 S/A

TERMO DE AVARIA DE CONTAINER

NúmeroTermo: 008275/2004
DtHr Emissão: 29/10/2004 08:13:38

Container avariado ou com indícios de violação, descarregado do navio ELQUI
entrado no dia 25 de Outubro de 2004 , como abaixo se declara:

CONTAINER	Dimensão/Tipo	Peso Bruto	Tara	Peso Liquido
IPXU342935O	20 / GENERAL CONTAINER WITH	16540	2240	2400

BILL OF LADING

LOTE	Numero BL	Importador
40338	YFA018594	BRASIF DUTY FREE SHOP LTDA.

AVARIAS CONSTATADAS

Localização	Tipo	Complemento	Providência
CONTEINER	AMASSADO	SUJEITO A INTEMPERIE	NAO CONSERTADO
CONTEINER	ARRANHADO	SUJEITO A INTEMPERIE	NAO CONSERTADO
CONTEINER	ENFERRUJADO	SUJEITO A INTEMPERIE	NAO CONSERTADO
PESO	DIVERGENCIA	COM SUSPEITA DE FALTA/AVARIA	NAO CONSERTADO

Observações:

Para constar, eu MARCO ANTONIO BARROS DA SILVA, CPF 062.190.738-35, por determinação da Libra Terminal 35 S/A, lavrei o presente Termo de Avaria de Container que, depois de lido e achado conforme, vai assinado pelo representante do Armador, pelo auditor Fiscal do Tesouro Nacional(AFTN), e por mim na qualidade de Fiel do Armazém, em 29 de Outubro de 2004

Fiel:

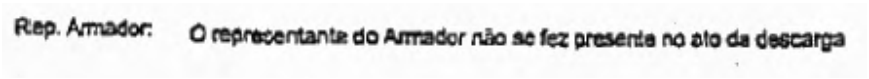
MARCO ANTONIO BARROS DA SILVA
CPF 062.190.738-35

Prossegue a recorrente, afirmando que não há que se falar que *"presume-se a responsabilidade do depositário no caso de volumes recebidos sem ressalva ou sem protesto", posto que "* foi feita ressalva sim pelo depositário, logo após a descarga ao importador e ao transportador que se negou a receber, com assinatura de duas testemunhas":

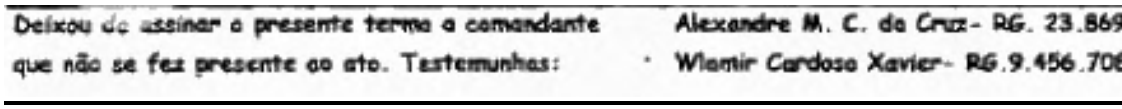
> 9 Apenas, expõem que o termo de avaria sem assinatura do transportador e o respectivo visto da fiscalização aduaneira não tem valor probante por avaria de mercadoria ao transportador.
>
> 10 Ocorre que, logo após a lavratura do termo de avaria (29/10/2004) foi comunicado ao importador sobre o ocorrido. Sendo requerido e protocolado na Receita Federal, pelo importador BRASIF DUTY FREE SHOP LTDA., vistoria aduaneira do container de referência IPXU-342935-0, gerando número de identificação 11128.006476/2004-76, que ora se encontra anexado nos presentes autos.
>
> 11 Ressalta-se que o transportador se negou a receber, conforme consta no Termo de Avaria de fl. 179.

Não é como afirma a recorrente.

Consta do "TERMO DE AVARIA DE CONTAINER", fl. 179, lavrado apenas em 29/10/2004, quando a descarga ocorrera em 26/10/2004, reproduzido no corpo do acórdão de piso, não a recusa do transportador ou seu representante em recebê-lo, mas o seu não comparecimento no ato de descarga:


Rep. Armador: O representante do Armador não se fez presente no ato da descarga

Também, no Termo de Avaria n° ELQ 111 (fl. 314) consta que "Deixou de assinar o presente termo o comandante do navio (ou seu representante) que não se fez presente no ato", mas não sua recura em recebê-lo, constando, o nome de duas testemunhas, mas como descrito no acórdão recorrido: " Não há a assinatura, nem qualificação" destas:


Deixou de assinar o presente termo o comandante que não se fez presente ao ato. Testemunhas: Alexandre M. C. da Cruz- RG. 23.869 · Wlamir Cardoso Xavier- RG.9.456.70

O art. 583 em pauta fala em "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". Entendo que se o "representante do Armador" não compareceu na descarga, não significa que a ele tenha sido disponibilizada oportunidade de manifestação, pelo depositário.

Assim, por todo o exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Antonio Carlos da Costa Cavalcanti Filho - Relator