



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo n° 12466.002130/2010-79
Recurso n° Especial do Procurador
Acórdão n° 9303-006.736 – 3ª Turma
Sessão de 15 de maio de 2018
Matéria 55.843.4379 - OUTROS - VINCULADOS COMEX - PENALIDADES - MULTA POR ATRASO NA PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES SOBRE VEÍCULO OU CARGA NELE TRANSPORTADA - DENÚNCIA ESPONTÂNEA
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado COTIA ARMAZÉNS GERAIS S/A

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Data do fato gerador: 28/10/2008, 07/11/2008, 08/11/2008, 12/11/2008, 14/11/2008, 17/11/2008, 18/11/2008, 03/12/2008, 04/12/2008, 08/12/2008, 13/12/2008

INFRAÇÃO REGULAMENTAR. DEPOSITÁRIO. REGISTRO DE DADOS DA CARGA EM DEPÓSITO. DESCUMPRIMENTO DO PRAZO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. INAPLICABILIDADE.

A denúncia espontânea não se aplica à penalidade decorrente da prática da infração por deixar o depositário em recinto alfandegado de prestar informações tempestivas sobre cargas recolhidas sob sua custódia, na forma e no prazo estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, por maioria de votos, em dar-lhe provimento, com retorno dos autos ao colegiado de origem, para apreciação das demais questões constantes do recurso voluntário, vencidas as conselheiras Tatiana Midori Migiyama, Érika Costa Camargos Autran e Vanessa Marini Cecconello, que lhe negaram provimento.

(assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas - Presidente em exercício

(assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Andrada Márcio Canuto Natal, Tatiana Midori Migiyama, Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Demes Brito, Jorge Olmiro Lock Freire, Érika Costa Camargos Autran, Vanessa Marini Ceconello, Rodrigo da Costa Pôssas (Presidente em exercício).

Relatório

Trata o presente de auto de infração lavrado (e-fls. 03 a 74) para constituição de crédito tributário referente a multa regulamentar por descumprimento da obrigação acessória de prestar informações, tempestivamente, no sistema Siscomex Mantra da presença de carga no recinto alfandegado COTIA Armazés Gerais, após o trânsito aduaneiro, pelo registro imediato do Número Identificador de Carga (NIC).

As sessenta e seis infrações apuradas, conforme demonstrativo às e-fls. 03 a 09 e descrição de fatos e enquadramento legal às e-fls. 11 a 72 resultaram em multas no montante de R\$ 330.000,00, cientificada ao contribuinte em 05/07/2011 (e-fl. 4408).

Irresignada, em 18/07/2011, a contribuinte apresentou impugnação, às e-fls. 4409 a 4416. A 2ª Turma da DRJ/FNS, apreciou a impugnação em 25/11/2011, e no acórdão nº 07-26.815, às e-fls. 4453 a 4457, considerou improcedente a impugnação, mantendo o crédito tributário exigido.

Ainda inconformada, a contribuinte interpôs recurso voluntário, às e-fls. 4462 a 4475, em 27/01/2012. Em breve resumo argumenta que:

- a) a característica da carga, veículos importados, faz com que a conferência para prestação das corretas informações no sistema tenham a demora ocorrida;
- b) a legislação na qual se fulcra a fiscalização é aplicável a contêiner (DCT) e não de veículos, com manuseio distinto e mais complexo;
- c) não há regramento específico para a aplicação de penalidade ao caso em que a operação é com veículos e não contêineres, com afronta ao princípio da legalidade;
- d) há jurisprudência do CARF que confronta o entendimento do auto de infração; e
- e) pleiteia a incidência do art. 112 do CTN, para interpretar-se a situação de forma mais favorável ao contribuinte, haja vista a existência de dúvidas sobre a capitulação legal do fato ou suas circunstâncias materiais.

A 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da Terceira Seção de Julgamento apreciou o recurso na sessão de 25/09/2013, dando-lhe provimento no acórdão de nº 3101-001.509, às e-fls. 4509 a 4514, o qual teve a seguinte ementa:

MULTA ADMINISTRATIVA. ATRASO NA ENTREGA DA DECLARAÇÃO RELATIVA A NAVIO OU A MERCADORIAS NELE EMBARCADAS. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE. ART. 102, §2º DO DECRETO-LEI Nº 37/66,

*COM REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 12.350, DE 20/12//2010.
APLICAÇÃO RETROATIVA.*

Uma vez satisfeitos os requisitos ensejadores da denúncia espontânea deve a punibilidade ser excluída, considerando que a natureza da penalidade é administrativa, aplicada no exercício do poder de polícia no âmbito aduaneiro., em face da incidência do art. 102, §2º, do Decreto-Lei nº 37/66, cuja alteração trazida pela Lei nº 12.350/2010, passou a contemplar o instituto da denúncia espontânea para as obrigações administrativas.

O acórdão foi assim lavrado:

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade, em dar provimento ao recurso voluntário.

Aqui, é necessário esclarecer alguns importantes detalhes acerca da decisão recorrida. De início, o relator do voto condutor apesar de transcrever o relatório da decisão recorrida, descreve no voto situação, no entender deste relator, de fato distinta da que naquele relatório se apresentava, pois afirma estar-se tratando de informações sobre embarque de mercadoria e de agência marítima, ou transportador, em claro equívoco quanto ao contribuinte e matéria do processo. Isso, salvo melhor juízo, explica o título da ementa acima.

Saliente-se que a matéria dos autos é sobre informações a serem prestadas por depósitos em despachos de trânsito de mercadorias, sendo o contribuinte responsável por recinto alfandegado e não transportador ou agência marítima.

Contudo, a verdade é que o relator, em seu voto, argumentou que a inclusão do § 2º, artigo 102 do Decreto-Lei nº 37/66, pela Lei nº 12.350/10 permite aplicação do instituto da denúncia espontânea em relação às penalidades por descumprimento de obrigações administrativas. Havendo a contribuinte prestado as informações antes do início da ação fiscal, teria ficado caracterizada a espontaneidade do cumprimento das obrigações.

Outrossim, também em virtude do fundamento estranho aos argumentos aduzidos pela contribuinte em seu recurso voluntário, eles restaram superados, pela decisão exarada.

Nenhum dos legitimados no art. 65 do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015, opôs embargos de declaração contra a decisão em segunda instância.

Recurso especial de Fazenda

Intimada para ciência do acórdão nº 3101-001.509 em 13/02/2014 (e-fl. 4515), a Procuradoria da Fazenda Nacional interpôs recurso especial de divergência em 04/03/2014, às e-fls. 4516 a 4523.

O Procurador indica existência de divergência pela apresentação do acórdão paradigma nº 3802-000.570 o qual afastou a denúncia espontânea prevista no art. 102, § 2º, do Decreto-Lei nº 37 de 1966, com redação dada pela Lei nº 12.350 de 2010. É afastada a denúncia espontânea, pois seria caso de descumprimento de obrigação acessória autônoma, de

caráter formal, que se configura pelo simples descumprimento do estabelecido na legislação de regência

O Presidente da 1ª Câmara de Terceira Seção de Julgamento do CARF, apreciou o recurso especial de divergência da Fazenda em 16/07/2015, no despacho de e-fls. 4525 a 4527, com base nos arts. 67 e 68 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria nº 343 de 09/06/2015, dando-lhe seguimento quanto ao instituto da denúncia espontânea.

Contrarrazões da contribuinte

A contribuinte foi intimada (e-fl. 4530) do acórdão nº 3101-001.509 e do recurso especial de divergência da Fazenda, em 31/08/2015 (e-fl. 4533), tendo apresentado contrarrazões em 11/09/2015 (e-fl. 4536), às e-fls. 4538 a 4544.

Após repisar afirmações do relator do acórdão recorrido, em síntese retoma seus argumentos trazidos no recurso voluntário.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos - Relator

O recurso especial da Procuradoria da Fazenda Nacional é tempestivo.

Além da ressalva no relatório acima sobre as inconsistências materiais do voto condutor do acórdão, há que se destacar também serem as normas aplicáveis ao caso concreto o art. 107, inc. IV, alínea f) do Decreto-lei nº 37/1966 e art. 5º da IN SRF nº 680/2006 enquanto o acórdão recorrido cita a IN RFB nº 28/1994 e alínea e) do mesmo artigo e inciso do Decreto-lei.

Insurgindo-se especificamente contra o acórdão de recurso voluntário, o recurso especial de divergência da Procuradoria da Fazenda Nacional traz paradigma cuja situação fática é semelhante àquela citada por esse acórdão, apesar de não ser exatamente a situação fática do processo.

O fato é que a decisão recorrida entendeu aplicável, por conta da retroatividade benigna, o instituto da denúncia espontânea no caso de cumprimento intempestivo de obrigação acessória, enquanto o paradigma entendeu inaplicável esse instituto ao caso. Portanto, ambos enfrentam a matéria e dão a ela tratamento jurídico diferente.

Assim, verifico o prequestionamento e o enfrentamento jurídico da razão de decidir, tanto no recorrido quanto no paradigma. Em que pesem as considerações aqui apresentadas, conheço do recurso especial da Fazenda contrário aos fundamentos do acórdão recorrido.

Com a devida vênia da Turma que prolatou o acórdão recorrido, penso que ao caso não se aplica tal instituto denúncia espontânea. Pois entendo haver impossibilidade lógica em ser espontâneo para recuperação do tempo.

O art. 138, invocado com fator que afasta o fato gerador da penalidade, não tem esse condão. O referido artigo teve sua origem remota no anteprojeto do CTN¹, de autoria do Prof. Rubens Gomes de Souza, no art. 289, que constava do Capítulo III - Da punibilidade, com a seguinte dicção:

Art. 289. Excluem a punibilidade:

I. A denúncia espontânea da infração pelo respectivo autor ou seu representante, antes de qualquer ação fiscal, acompanhada do pagamento, no próprio ato, do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa competente, se o montante do tributo devido depender de apuração;

(...)

§ 2.º. As causas de exclusão da punibilidade previstas neste artigo não se aplicam:

I. Às infrações de dispositivos da legislação tributária referentes a obrigações tributárias acessórias;

(...)

Quando levado ao Congresso, já como projeto de lei, em 1954, essa redação foi alterada conforme se observava então no art. 174², do Capítulo II, que tratava da responsabilidade por infrações, então com a redação:

Art. 174. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo devido dependa de apuração.

Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada depois do início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização.

Assim se manifestou Rubens Gomes de Souza, autor do anteprojeto e participante da Comissão Especial de elaboração do projeto, a respeito desse artigo:

*Por último, o art. 174 abre ainda exceção ao princípio da objetividade, admitindo a exclusão da responsabilidade penal nos casos de denúncia espontânea da infração e sua concomitante reparação.*³

Após sua tramitação no Poder Legislativo, obteve-se a norma do art. 138, conforme invocado no acórdão *a quo*, dispõe:

Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito

¹ <http://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/511517-000064039.pdf>, pág. 339 e 340.

² http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/511517_000064039.pdf, pág. 70

³ http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/511517_000064039.pdf, pág. 245

da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração.

Fica evidenciado que desde sua origem, o atual artigo 138 do CTN visou à exclusão de punição, mas atrelando esta exclusão à reparação da falta originalmente praticada, sem o que as normas tributárias não seriam cogentes; sendo o sistema tributário não impositivo, careceria de lógica o sistema. Como criar uma obrigação, ainda que acessória, e inexistir qualquer sanção por descumprimento, simplesmente pela denúncia do descumprimento?

O fato gerador da infração está disposto na alínea “f”, inciso IV, do artigo 107 do Decreto-Lei nº 37/1966, com redação dada pelo artigo 77 da Lei nº 10.833/2003, com a seguinte dicção:

Art. 107. Aplicam-se ainda as seguintes multas:

(...)

IV de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais):

(...)

f) por deixar de prestar informação sobre carga armazenada, ou sob sua responsabilidade, ou sobre as operações que execute, na forma e no prazo estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal, aplicada ao depositário ou ao operador portuário;...

(Negritei.)

O fato gerador da penalidade em comento é deixar de prestar informação na forma e no prazo estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal. Existindo o atraso, não há como reparar a falta, pois, no estágio atual, não é possível fazer o tempo retroagir e recuperar o prazo perdido; teríamos uma impossibilidade que se desconsiderada significaria fazer ruir o sistema cogente da tributação. Não se pode olvidar que o sistema de tributação aduaneiro não envolve apenas questões financeiras ou de arrecadação, mas inúmeras exigências visando à defesa do Estado Nacional, tais como controles sanitários, econômicos, segurança pública, etc. É evidente que o descumprimento de normas que venham a impor tais exigências nem sempre podem ser reparadas pela simples denúncia.

Assim, desfazer ou desonerar-se do atraso informando sua existência só levaria a incentivar o atraso, fazendo com que a norma do CTN em vez de prestigiar o cumprimento da legislação tributária, no cotidiano, tivesse efeito contrário. Se a fiscalização não estiver permanentemente a postos para verificar os prazos, os contribuintes que não os cumpram podem se desonerar da obrigação que a lei lhes impõe (prestar informação em até sete dias do embarque) sem atender a própria norma e sem qualquer reparação.

Aliás, esse entendimento não é estranho a esta Turma, que na sessão de 26/04/2016, no acórdão de nº 9303-003.676, em voto do Ilustre ex-Presidente do CARF, Dr. Carlos Alberto Freitas Barreto, trouxe a fundamentação adicional que abaixo reproduzo:

Por concordar na íntegra com os fundamentos, e por aplicar-se à solução do presente litígio, adoto o voto proferido pelo ilustre Conselheiro Solon Sehn no Acórdão 3802-002.314, de 27/11/2013, do qual transcrevo os seguintes excertos:

"O Recorrente alega ainda que as informações sobre o embarque foram prestadas antes da lavratura do auto de infração. Portanto, nos termos do art. 138, caput, do Código Tributário Nacional (CTN), a multa deveria ter sido excluída em razão da caracterização da denúncia espontânea:

Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração.

A aplicabilidade da denúncia espontânea às "obrigações acessórias" é sustentada por parte da doutrina com base na expressão "se for o caso", encontrada no caput do art. 138 do CTN. Nesse sentido, cumpre destacar as lições de Hugo de Brito Machado, Luciano Amaro e Sacha Calmon Navarro Coêlho:

'Como a lei diz que a denúncia há de ser acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido, resta indubitoso que a exclusão da responsabilidade tanto se refere a infrações das quais decorra o não pagamento do tributo como a infrações meramente formais, vale dizer, infrações das quais não decorra o não pagamento do tributo. Inadimplemento de obrigações tributárias meramente acessórias' 1.

'A expressão 'se for o caso' explica-se em face de que algumas infrações, por implicarem desrespeito a obrigações acessórias, não acarretam, diretamente, nenhuma falta de pagamento de tributo, embora sejam também puníveis, porque a responsabilidade não pressupõe, necessariamente, dano (art. 136). Outras infrações, porém, de um modo ou de outro, resultam em falta de pagamento. Em relação a estas é que o Código reclama o pagamento' 2.

'Se quisesse excluir uma ou outra, teria adjetivado a palavra infração ou teria dito que a denúncia espontânea elidiria a responsabilidade pela prática de infração à obrigação principal excluindo a acessória, ou vice-versa. Ora, onde o legislador não distingue não é lícito ao intérprete distinguir segundo cediço princípio de hermenêutica' 3.

Essa interpretação, porém, não foi acolhida pela Jurisprudência, consoante se depreende dos seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

"TRIBUTÁRIO. MULTA MORATÓRIA. ART. 138 DO CTN. ATRASO NA ENTREGA DA DECLARAÇÃO DE RENDIMENTOS.

1. O STJ possui entendimento de que a denúncia espontânea não tem o condão de afastar a multa decorrente do atraso na entrega da declaração de rendimentos, pois os efeitos do art. 138 do CTN não se estendem às obrigações acessórias autônomas.

2. Agravo Regimental não provido." (STJ. 2ª T. AgRg nos EDcl no AREsp 209663/BA. Rel. Min. Herman Benjamin. DJe 10/05/2013).'

(...)

A mesma interpretação foi adotada no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, conforme Súmula CARF nº 49: "A denúncia espontânea (art. 138 do Código Tributário Nacional) não alcança a penalidade decorrente do atraso na entrega de declaração", que foi fruto de reiterados julgados do Câmara Superior de Recursos Fiscais (...)

A discussão, entretanto, foi reaberta em face da nova redação do art. 102 do Decreto-Lei nº 37/1966, decorrente do art. 40 da Lei nº 12.350/2010:

Art. 102. A denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do imposto e dos acréscimos, excluirá a imposição da correspondente penalidade. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 2.472, de 01/09/1988).

§ 1º Não se considera espontânea a denúncia apresentada:

(Incluído pelo Decreto-Lei nº 2.472, de 01/09/1988)

a) no curso do despacho aduaneiro, até o desembaraço da mercadoria; (Incluído pelo Decreto-Lei nº 2.472, de 01/09/1988)

b) após o início de qualquer outro procedimento fiscal, mediante ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, tendente a apurar a infração. (Incluído pelo Decreto-Lei nº 2.472, de 01/09/1988)

§ 2º A denúncia espontânea exclui a aplicação de penalidades de natureza tributária ou administrativa, com exceção das penalidades aplicáveis na hipótese de mercadoria sujeita a pena de perdimento. (Redação dada pela Lei nº 12.350, de 2010).

(...)

De fato, a Lei nº 12.350/2010 resultou da conversão da Medida Provisória n.º 497/2010. De acordo com a exposição de motivos desta, seu objetivo foi “deixar claro” que o instituto da denúncia espontânea aplica-se a todas as penalidades pecuniárias, inclusive multas isoladas vinculadas ao descumprimento de obrigação acessória, conforme se depreende da leitura da exposição de motivos:

40. A proposta de alteração do § 2º do art. 102 do Decreto-Lei nº 37, de 1966, visa a afastar dúvidas e divergência interpretativas quanto à aplicabilidade do instituto da denúncia espontânea e a consequente exclusão da imposição de determinadas penalidades, para as quais não se tem posicionamento doutrinário claro sobre sua natureza.

[...]

43. Fundamentalmente, o Linha Azul é um procedimento simplificado que propicia às empresas habilitadas um menor percentual de seleção para os canais de verificação amarelo e vermelho e conferência aduaneira das declarações selecionadas realizada prioritariamente, inclusive com compromisso de tempo máximo para essa conferência estipulado. Esse procedimento segue a orientação internacional de Operadores Econômicos Autorizados OEA, ou seja, de credenciamento de operadores legítimos e confiáveis para operar no comércio exterior com menores entraves burocráticos.

44. A avaliação sistêmica da empresa candidata ao Linha Azul inclui a realização, previamente à adesão, de uma auditoria de controles internos para autoavaliação de seus controles e procedimentos aduaneiros, referente, no mínimo, aos quatro últimos semestres civis. O objetivo dessa autoavaliação é induzir a empresa a verificar o cumprimento da legislação aduaneira (controles administrativos e fiscais), com reflexo na garantia da regularidade dos registros aduaneiros e do recolhimento dos tributos devidos. Exige-se, sempre que a auditoria de controles internos aponte irregularidades, que sejam apresentados documentos que comprovem o seu saneamento ou a adoção das providências cabíveis para a sua solução.

45. No caso específico, o que se tem verificado é que, durante o processo de auditoria, as empresas têm constatado reiterados erros em declarações de importação registradas e desembaraçadas no canal verde de conferência e, como forma de sanear a irregularidade para cumprimento do programa, apresentado a relação desses erros na unidade de jurisdição e adotado as respectivas providências para a retificação das declarações aduaneiras.

46. Todavia, ao adotar essa providência, mesmo que a empresa não tenha que recolher quaisquer tributos, ela

pode estar sujeita à imposição da referida multa de um por cento sobre o valor aduaneiro da mercadoria (multa isolada), disciplinada no art. 711 do Regulamento Aduaneiro, ainda que espontaneamente tenha apurado tais erros e adotado as providências para a sua regularização, o que onera por demais o processo de adesão à Linha Azul.

47. A proposta de alteração objetiva deixar claro que o instituto da denúncia espontânea alcança todas as penalidades pecuniárias, aí incluídas as chamadas multas isoladas, pois nos parece incoerente haver a possibilidade de se aplicar o instituto da denúncia espontânea para penalidades vinculadas ao não-pagamento de tributo, que é a obrigação principal, e não haver essa possibilidade para multas isoladas, vinculadas ao descumprimento de obrigação acessória.' (EMI nº 111 /MF/MP/ME/MCT/MDIC/MT).

Todavia, cumpre considerar que, nas obrigações acessórias ou deveres instrumentais, o sujeito passivo está vinculado a um fazer ou não-fazer, sem expressão econômica, destinado a facilitar a fiscalização e a arrecadação dos tributos⁴. Podem assumir os conteúdos mais variados, desde a manutenção de escrituração fiscal regular, da descrição adequada do bem importado na declaração de importação, emissão de nota fiscal, bem como da apresentação de informações para a Fazenda Pública dentro dos prazos previstos na legislação tributária. Em razão disso, na aplicação do art. 102 do Decreto-Lei nº 37/1966, deve-se analisar o conteúdo da “obrigação acessória” violada. Isso porque nem todas as infrações pelo descumprimento de deveres instrumentais são compatíveis com a denúncia espontânea, como é o caso das infrações caracterizadas pelo fazer ou não-fazer extemporâneo do sujeito passivo.

Essa importante distinção foi evidenciada em voto do eminente Conselheiro José Fernandes do Nascimento, no Acórdão 310200.988.3a S/1a C/2a TO. S. de 22/08/2013:

'O objetivo da norma em destaque, evidentemente, é estimular que o infrator informe espontaneamente à Administração aduaneira a prática das infrações de natureza tributária e administrativa instituídas na legislação aduaneira. Nesta última, incluída todas as obrigações acessórias ou deveres instrumentais (segundo alguns) que tenham por objeto as prestações positivas (fazer ou tolerar) ou negativas (não fazer) instituídas no interesse fiscalização das operações de comércio exterior, incluindo os aspectos de natureza tributária, administrativo, comercial, cambial etc.

Não se pode olvidar que, para aplicação do instituto da denúncia espontânea, é condição necessária que a infração de natureza tributária ou administrativa seja passível de denunciação à fiscalização pelo infrator. Em outras

palavras, é requisito essencial da excludente de responsabilidade em apreço que a infração seja denunciável.

No âmbito da legislação aduaneira, em consonância com o disposto no retrotranscrito preceito legal, as impossibilidades de aplicação dos efeitos da denúncia espontânea podem decorrer de circunstância de ordem lógica (ou racional) ou legal (ou jurídica).

No caso de impedimento legal, é o próprio ordenamento jurídico que veda a incidência da norma em apreço, ao excluir determinado tipo de infração do alcance do efeito excludente da responsabilidade por denúncia espontânea da infração cometida. A título de exemplo, podem ser citadas as infrações por dano erário, sancionadas com a pena de perdimento, conforme expressamente determinado no § 2º, in fine, do citado art. 102.

A impossibilidade de natureza lógica ou racional ocorre quando fatores de ordem material tornam impossível a denúncia espontânea da infração. São dessa modalidade as infrações que têm por objeto as condutas extemporâneas do sujeito passivo, caracterizadas pelo cumprimento da obrigação após o prazo estabelecido na legislação. Para tais tipos de infração, a denúncia espontânea não tem o condão de desfazer ou paralisar o fluxo inevitável do tempo.

Compõem essa última modalidade toda infração que tem o atraso no cumprimento da obrigação acessória (administrativa) como elementar do tipo da conduta infratora. Em outras palavras, toda infração que tem o fluxo ou transcurso do tempo como elemento essencial da tipificação da infração.

São dessa última modalidade todas as infrações que têm no núcleo do tipo da infração o atraso no cumprimento da obrigação legalmente estabelecida. A título de exemplo, pode ser citada a conduta do transportador de registrar extemporaneamente no Siscomex os dados das cargas embarcadas, infração objeto da presente autuação.

Veja que, na hipótese da infração em apreço, o núcleo do tipo é deixar de prestar informação sobre a carga no prazo estabelecido, que é diferente da conduta de, simplesmente, deixar de prestar a informação sobre a carga. Na primeira hipótese, a prestação intempestiva da informação é fato infringente que materializa a infração, ao passo que na segunda hipótese, a mera prestação de informação, independentemente de ser ou não a destempo, resulta no cumprimento da correspondente obrigação acessória. Nesta última hipótese, se a informação for prestada antes do início do procedimento fiscal, a denúncia espontânea da infração configura-se e a respectiva penalidade é excluída.

De fato, se registro extemporâneo da informação da carga materializasse a conduta típica da infração em apreço, seria de todo ilógico, por contradição insuperável, que o mesmo fato configurasse a denúncia espontânea da correspondente infração.

De modo geral, se admitida a denúncia espontânea para infração por atraso na prestação de informação, o que se admite apenas para argumentar, o cometimento da infração, em hipótese alguma, resultaria na cobrança da multa sancionadora, uma vez que a própria conduta tipificada como infração seria, ao mesmo tempo, a conduta configuradora da denúncia espontânea da respectiva infração. Em consequência, ainda que comprovada a infração, a multa aplicada seria sempre inexigível, em face da exclusão da responsabilidade do infrator pela denúncia espontânea da infração.

Esse sentido e alcance atribuído a norma, com devida vênia, constitui um contrassenso jurídico, uma espécie de revogação da penalidade pelo intérprete e aplicador da norma, pois, na prática, a sanção estabelecida para a penalidade não poderá ser aplicada em hipótese alguma, excluindo do ordenamento jurídico qualquer possibilidade punitiva para a prática de infração desse jaez.'

Destarte, a aplicação da denúncia espontânea às infrações caracterizadas pelo fazer ou não-fazer extemporâneo do sujeito passivo implicaria o esvaziamento do dever instrumental, que poderia ser cumprido há qualquer tempo, ao alvedrio do sujeito passivo. Exegese dessa natureza comprometeria toda a funcionalidade dos deveres instrumentais no sistema tributária.

Destaca-se, nesse sentido, a doutrina de Yoshiaki Ichihara:

'Caso se entenda que o descumprimento de dever instrumental formal possa ser denunciado e corrigido sem o pagamento das multas decorrentes, na prática não haverá mais infração da obrigação acessória. Seria, a rigor, uma verdadeira anistia, que somente poderá ser concedida por lei específica.

Exemplificando, uma empresa que deixou de registrar e escriturar livros fiscais, com a denúncia espontânea da infração, se assim se entender, não haverá mais multa, e a aplicação da lei tributária estará integralmente frustrada' 5.

Entende-se, portanto, que a denúncia espontânea (art. 138 do CTN e art. 102 do Decreto-Lei nº 37/1966) não alcança as penalidades exigidas pelo descumprimento de dever instrumental caracterizado pelo atraso na prestação de informação à administração aduaneira.

(...)"

O objetivo do art. 138 do CTN é estimular o contribuinte que não pagou os tributos a fazê-lo e regularizar a situação, resgatando as pendências

deixadas e não conhecidas pelo fisco, que recebe o que deveria ter sido pago e cuja satisfação, não fosse a iniciativa do contribuinte, talvez jamais ocorresse. Tal norma objetiva estimular o cumprimento espontâneo das obrigações tributárias. Porém, a responsabilidade pelo cometimento das infrações restará afastada apenas com o reconhecimento e cumprimento da obrigação, preservando assim a higidez do sistema, não se podendo ver nela nenhum estímulo à inadimplência.

De fato, a jurisprudência dominante em nossos tribunais não admite a configuração da denúncia espontânea ante a prática de determinados atos, que representam infrações à legislação tributária. Várias são as decisões no sentido da inaplicabilidade do art. 138 do CTN no descumprimento do prazo quanto às obrigações acessórias.

Vejam os:

“DENÚNCIA ESPONTÂNEA. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA.

INAPLICABILIDADE. 1. Inaplicável o instituto da denúncia espontânea quando se trata de multa isolada imposta em face do descumprimento de obrigação acessória.” (STJ, 2ª T. AgRg no Resp 916.168/SP, Herman Benjamin, mar/09)

No mesmo sentido do entendimento ora defendido, manifestou-se recentemente o e. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, conforme se infere do enunciado da ementa e dos trechos do voto condutor do julgado, a seguir transcritos:

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. MULTA DECORRENTE DA INFORMAÇÃO INTEMPESTIVA DE DADOS DE EMBARQUE. AGENTE MARÍTIMO. LEGITIMIDADE PASSIVA. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA AUTÔNOMA. INAPLICABILIDADE DA DENÚNCIA ESPONTÂNEA. MULTA. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. VALOR QUE NÃO OFENDE O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DE CONFISCO.

1. O agente marítimo assume a condição de representante do transportador perante os órgãos públicos nacionais e, ao deixar de prestar informação sobre veículo ou carga transportada, concorre diretamente para a infração, daí decorrendo a sua responsabilidade pelo pagamento da multa, nos termos do artigo 95, I, do Decreto-Lei nº 37, de 1966. 2. Não se aplica a denúncia espontânea para os casos de descumprimento de obrigações tributárias acessórias autônomas. 3. A finalidade punitiva e dissuasória da multa justifica a sua fixação em valores mais elevados, sem que com isso ela ofenda os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e vedação ao confisco.

[...]Voto.

[...] Não é caso, também, de acolhimento da alegação de denúncia espontânea.

A Lei nº 12.350, de 2010, deu ao artigo 102, § 2º, do Decreto-Lei nº 37, de 1966, a seguinte redação:

[...] Bem se vê que a norma não é inovadora em relação ao artigo 138 do CTN, merecendo, portanto, idêntica interpretação. Nesse sentido, é pacífico o entendimento no sentido de que a denúncia espontânea não se aplica para os casos em que a infração seja à obrigação tributária acessória autônoma.

[...] (BRASIL. TRF4. 2ª Turma. Apelação Cível nº 500599981.2012.404.7208/ SC. rel. Des. Rômulo Pizzolatti, j. 10.12.2013)

(grifo acrescentado)

Importante observar que, no mesmo sentido da mencionada decisão do TRF da 4ª RF, existe a Súmula CARF nº 49 A denúncia espontânea (art. 138 do Código Tributário Nacional) não alcança a penalidade decorrente do atraso na entrega de declaração. Todavia, não se trata aqui de aplicar a Súmula 49 para resolver o presente litígio, uma vez que proferida antes das alterações promovidas pela Lei 12.350/2010.

A intransigência em matéria de controles administrativos aduaneiros se justifica, muito mais do que pela questão tributário-financeira, pela questão da defesa do Estado nacional. A falta de pagamento de tributo, ou de parte dele, não é o único dano que se faz aos cofres públicos e à sociedade no descumprimento das regras de controle aduaneiro.

Muitas vezes, a administração tributária prioriza a arrecadação de tributos e não enfatiza as razões dos controles não tributários ou aduaneiros. Assim, pode ficar a impressão de que não havendo falta de pagamento de tributos não há dano efetivo ao erário, mas essa é uma falsa observação.

Cabe a administração aduaneira cumprir as decisões dos demais órgãos do Poder Executivo e de Acordos Internacionais, relativamente à saúde, à defesa da economia, à defesa dos interesses culturais, do patrimônio histórico, da segurança pública, entre outros. São atribuições fundamentadas em conhecimentos que ultrapassam largamente aqueles necessários à excelência do trabalho de fiscalização.

Ao fazer o julgamento, especialmente por que não há tantos julgadores especializados em nuances do comércio internacional, passa-se ao largo dos verdadeiros delitos que são cometidos à sombra da ausência de danos fiscais explícitos — quero dizer — da falta de pagamento de impostos.

Por último, é de se observar que o entendimento acerca da impossibilidade de aplicar a denúncia espontânea para afastar a multa capitulada no artigo no art. 107, inciso IV, alínea "e", do DL 37, de 1966, alcança, indistintamente, a exigência dessa penalidade nas diversas situações nas quais é aplicada, tais como: atraso na prestação de informações sobre mercadoria embarcada, sobre atracação de embarcação, sobre vinculação de manifesto de carga, etc.

Dessarte, também pelos fundamentos desse ilustrado voto confirmo minha razão de decidir pelo provimento do recurso especial de divergência da Procuradoria da Fazenda Nacional.

Processo nº 12466.002130/2010-79
Acórdão n.º **9303-006.736**

CSRF-T3
Fl. 4.565

Conclusão

Pelo exposto, voto por conhecer do recurso especial de divergência da Fazenda Nacional para dar-lhe provimento, afastando o instituto da denúncia espontânea ao caso e restabelecendo o crédito tributário referente às penalidades mantidas pela decisão de primeira instância, com retorno dos autos ao colegiado *a quo*, para análise das questões subsidiárias postas no Recurso Voluntário.

(Assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos