



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

Processo n° 12466.001726/2010-51
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3403-001.773 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de setembro de 2012
Matéria MULTAS ADUANEIRAS
Recorrente HIPER EXPORT TERMINAIS PORTUÁRIOS SA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 02/09/2007 a 24/04/2009

Ementa:

MULTA POR DEIXAR DE PRESTAR INFORMAÇÃO NA FORMA E NO PRAZO ESTABELECIDOS PELA RFB. INAPLICABILIDADE. ENTENDIMENTO DIVERSO DA UNIDADE LOCAL COM EFEITOS ESTENDIDOS A TODOS OS DEPOSITÁRIOS JURISDICIONADOS.

Conforme art. 101, III do Decreto-Lei nº 37/1966, não se aplica penalidade se prevalecer entendimento da unidade local da RFB competente para interpretar a matéria (externada em ato público a todos os depositários jurisdicionados) de que a conduta teria tratamento diverso (e seria aplicável somente após ciência de parecer uniformizador da unidade, ou ainda após o prazo concedido para sanar eventuais dificuldades operacionais).

MULTA POR DEIXAR DE PRESTAR INFORMAÇÃO NA FORMA E NO PRAZO ESTABELECIDOS PELA RFB. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA CONTINUADA. INEXISTÊNCIA DE TRATAMENTO ESPECÍFICO.

Não há disciplina legal específica sobre o tratamento material à aplicação de penalidades a infrações continuadas nas áreas tributária e aduaneira.

MULTA POR DEIXAR DE PRESTAR INFORMAÇÃO NA FORMA E NO PRAZO ESTABELECIDOS PELA RFB. SANÇÃO DE ADVERTÊNCIA. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO. INDEPENDÊNCIA MATERIAL, DE RITO E COMPETÊNCIA.

As penalidades de multa e advertência são independentes, aplicáveis mediante ritos diferentes, e julgadas em instâncias administrativas diversas, sendo incabível este CARF manifestar-se sobre sanção administrativa de advertência.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso. O Conselheiros Robson José Bayerl e Domingos de Sá Filho votaram pelas conclusões quanto ao caráter continuado (e a consequente graduação) da multa.

Antonio Carlos Atulim - Presidente.

Rosaldo Trevisan - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antonio Carlos Atulim (presidente da turma), Rosaldo Trevisan (relator), Robson José Bayerl, Marcos Tranchesi Ortiz, Ivan Allegretti e Domingos de Sá Filho.

Relatório

Versa o presente processo sobre Auto de Infração que aplica multa à recorrente por deixar de prestar informação sobre carga armazenada, na forma e no prazo estabelecidos pela RFB.

No Auto de Infração, lavrado em 02/12/2010 (fls. 1 a 1286), sustenta-se que:

- (a) o NIC (número identificador de carga), que individualizada cada carga que entra no País, é gerado pelo Recinto Alfandegado conforme uma sequência estabelecida pela RFB (a partir do conhecimento de embarque-CE);
- (b) o registro do NIC, pelo Recinto Alfandegado, em sistema informatizado, atesta a chegada da mercadoria, perante a RFB;
- (c) o registro incorreto da chegada da mercadoria afeta a contagem dos prazos para abandono e frequentemente provoca diminuição dos tributos a recolher;
- (d) no período entre 01/09/2007 e 24/04/2009, diversas cargas entradas no recinto alfandegado conhecido como Terminal Hiper Export, contíguo ao Terminal Portuário de Vila Velha, não tiveram seus NIC gerados no prazo estabelecido pela RFB (de 18.539 cargas entradas no recinto, apenas 10.922 tiveram seus NIC gerados em 24 horas);
- (e) das justificativas para apresentação fora do prazo, três não foram aceitas e motivaram a presente autuação: feriado, final de semana e CE posterior (quando o consignatário da carga ou seu representante não informa o número do CE antes da entrada da carga no recinto, mas posteriormente);

- (f) no que se refere aos atrasos por CE posterior (2.685 casos), a autuação afirma que o recinto não deveria receber as cargas se não informado o CE, ou comunicar o fato à RFB;
- (g) ao não informar a presença de carga imediatamente, com a geração do NIC, o recinto alfandegado depositário incorreu na infração tipificada no art. 107, IV, “F” do Decreto-Lei nº 37/1966, com a redação dada pela Lei nº 10.833/2003 (R\$ 5.000,00 por deixar de prestar informação sobre carga armazenada ... na forma e no prazo estabelecidos pela RFB...);
- (h) a RFB estabelece o prazo no art. 5º da Instrução Normativa nº 680/2006 (**de forma imediata**), tendo a fiscalização entendido adotado o período de 24 horas como suficientemente razoável para que se caracterize a “forma imediata” estabelecida na norma; e
- (i) após intimação para justificação dos atrasos, restaram 5.400 ocorrências (2.635 referentes a fim de semana, 80 referentes a feriado, e 2.685 referentes a CE posterior), gerando um crédito tributário de R\$ 5.000,00 x 5.400 = R\$ 27.000.000,00.

Cientificada da autuação em 06/05/2011 (AR às fls. 1358 - numeração eletrônica), a recorrente apresenta impugnação em 06/06/2011 (fls. 1359 a 1394, com os documentos de fls. 1395 a 2983), argumentando que:

- (a) o recebimento da carga não é suficiente para formação do NIC, que demanda uma sequência de procedimentos, e a ausência de informação do CE (atribuível a terceiro) impede o registro do NIC;
- (b) a multa foi lançada sobre ocorrências em que o NIC foi gerado em menos de 24 horas;
- (c) as dificuldades operacionais do recinto são comuns aos demais recintos alfandegados do local, e de conhecimento da Aduana;
- (d) havia orientação em Parecer e Informação Fiscal aprovados pelo Inspetor-chefe da Alfândega do Porto de Vitória e pelo chefe do Serviço de Vigilância e Controle Aduaneiro para uniformização de procedimentos, aplicação de advertência e estabelecimento de prazo para solução das dificuldades operacionais dos recintos alfandegados, o que não poderia ter sido ignorado pela autoridade fiscal autuante;

- (e) a expressão “de forma imediata”, constante no art. 5º da Instrução Normativa nº 680/2006, deve ser entendida como “tão logo quanto possível”, e nesse contexto não houve descumprimento por parte da recorrente;
- (f) além de surreal, a multa de R\$ 27.000.000,00 aplicada está em desconformidade com a Lei nº 10.833/2003, que prevê a advertência para a hipótese;
- (g) não houve prejuízo ao Erário, e as alegações do Fisco sobre a afetação do prazo de perdimento são incorretas;
- (h) os setores administrativos do porto não operavam aos finais de semana e feriados, e, ao passarem a operar, receberam reprimenda do Ministério Público do Trabalho; e
- (i) a multa é confiscatória e equivale a 128,5 vezes o lucro anual médio da empresa.

A decisão de primeira instância (indeferimento das pretensões da autuada) é proferida em 12/09/2011 (fls. 2895 a 2909), no sentido de que:

- (a) tanto a fiscalização quanto a interessada narram a existência dos mesmos fatos, que são inequívocos, residindo a divergência na interpretação da expressão “imediatamente”, que o Fisco entende como “em 24 horas” e a recorrente entende como “assim que possível”;
- (b) o alcance do lapso temporal destinado a caracterizar o termo “de forma imediata” já havia sido estabelecido pela RFB no Ato Declaratório COANA/COTEC nº 02/2003, como “simultaneamente à entrada da carga no recinto alfandegado”;
- (c) as argumentações sobre abandono de mercadoria e vantagem cambial expostas na autuação não merecem prosperar;
- (d) a obrigação imposta na lei foi disciplinada pela RFB, e tem forma (indicação do NIC no Sistema Informatizado SISCOMEX) e prazo (imediato);
- (e) a informação do NIC ficaria impossibilitada se o CE não existisse no sistema MERCANTE ou se estivesse bloqueado, o que não é referido nem pelo Fisco nem pela recorrente;
- (f) as justificativas apresentadas pela interessada (não recebimento do CE por terceiros e problemas com recursos humanos) não afastam a obrigação de informar o NIC para as cargas recebidas;

- (g) a penalidade tipificada no art. 107, IV, “f” do Decreto-Lei nº 37/1966, com a redação dada pela Lei nº 10.833/2003, não afasta a aplicação da advertência prevista no art. 76 da mesma Lei nº 10.833/2003;
- (h) os atos administrativos não podem contrariar a legislação de regência da matéria, não havendo no presente caso a “interpretação fiscal” a que se refere o art. 101, III do Decreto-Lei nº 37/1966; e
- (i) a custódia de mercadorias estrangeiras por parte do depositário, com aposição imediata da respectiva presença de carga, é dever do depositário e não um direito a ser exercido do modo como melhor lhe aprouver, não havendo que se falar em violação à isonomia ou à legalidade.

Cientificada da decisão em 14/10/2011 (AR às fls. 2912), a recorrente apresenta em 16/11/2011 (fls. 2913 a 2934) Recurso Voluntário, no qual reitera as argumentações anteriormente externadas, sustentando que:

- (a) a decisão da DRJ reconheceu a inexistência de danos concretos decorrentes da conduta da recorrente, mas mesmo assim equivocadamente manteve a exigência efetuada na autuação;
- (b) houve cerceamento do direito de defesa pela negativa de produção de prova pericial (de que o NIC não poderia ser gerado sem o CE, e que a interessada não tinha acesso por via diversa ao CE), providência cuja solicitação se reitera;
- (c) o acórdão recorrido nega vigência ao art. 97 do Decreto-Lei nº 37/1966, que confere à autoridade julgadora competência para determinar a pena aplicável;
- (d) a decisão recorrida viola os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade;
- (e) a recorrente estava impossibilitada de gerar os NIC, pois não tinha os números dos CE, e não tinha, à época dos fatos, acesso ao Sistema MERCANTE (ao qual só passou a ter acesso em meados de 2009), o que a fazia depender das informações de terceiros;
- (f) a atraso em finais de semana e feriados não se deve a falta de contratação de recursos humanos, como trata a decisão da DRJ, mas a proibição de trabalho administrativo nos fins de semana;

- (g) a decisão ainda contraria o comando do art. 101, III do Decreto-Lei nº 37/1966, que coibe a aplicação de penalidades a quem proceder de acordo com interpretação fiscal constante de atos baixados pela autoridade competente (como o da Alfândega de Vitória, referente às dificuldades operacionais ocorridas até julho de 2009);
- (h) a aplicação das multas não respeitou a forma continuada da infração, que deveria ensejar uma única multa de R\$ 5.000,00; e
- (i) a autonomia das penalidades de advertência e de multa não retira a competência da autoridade julgadora nem impede a aplicação de preceito que autoriza a substituição de uma penalidade por outra.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rosaldo Trevisan, relator

O recurso preenche os requisitos formais de admissibilidade e, portanto, dele se toma conhecimento.

Há que se analisar, preliminarmente, a questão referente a eventual cerceamento do direito de defesa pela negativa de produção de prova pericial. Depois de dita análise preliminar, passa-se a verificar os demais argumentos expostos no recurso voluntário: (a) eventual violação a dispositivo legal (art. 97 do Decreto-Lei nº 37/1966), ou aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade; (b) possíveis justificativas para o descumprimento da obrigação de prestação de informações na forma e no prazo estabelecidos pela RFB; e (c) caráter continuado da infração e possibilidade de aplicação de penalidade diversa.

Da preliminar de nulidade, por cerceamento de defesa

Apesar de a recorrente ter solicitado perícia para diversos tópicos durante a impugnação, no recurso voluntário a alegação de cerceamento de defesa pela negativa de produção de prova pericial se limita a um item: a comprovação de que o NIC não poderia ser gerado sem o CE, e que a interessada não tinha acesso à informação por via diversa ao CE.

Como a autuação se refere a informações prestadas entre 01/09/2007 e 24/04/2009, sói esclarecer de plano que houve alteração, durante tal período, dos procedimentos para emissão de CE e geração de NIC, com a entrada em operação do SISCOMEX Carga. A nova sistemática começou a operar a partir de 31/03/2008. E, veja-se, as ocorrências para “CE posterior” na tabela formulada pelo recinto alfandegado são todas posteriores a tal data.

Pelo seu caráter didático, merece menção o item “Perguntas e Respostas sobre o SISCOMEX Carga” disponível no sítio da RFB

(<http://www.receita.fazenda.gov.br/aduana/siscomex/Carga/carga.htm>), um verdadeiro Manual sobre o tema. No item são respondidos diversos questionamentos que se fazem presentes nestes autos.

O SISCOMEX Carga viabilizou a substituição de documentos impressos por documentos eletrônicos para fins de cumprimento de obrigações previstas na legislação aduaneira. As regras para formulação do NIC na sistemática do SISCOMEX Carga foram estabelecidas no Ato Declaratório Executivo (ADE) Corep nº 2, de 20/03/2008, que passou a vigorar na mesma data de implantação do SISCOMEX Carga: 31/03/2008 (assim, improcedente a alegação de que as disposições de tal Ato Declaratório estariam sendo aplicadas retroativamente, pois os casos que envolvem “CE posterior” no presente processo são todos já na sistemática do SISCOMEX Carga).

Nessa sistemática, o NIC (para as cargas chegadas pela via marítima) é formado por 36 dígitos, sendo 18 com preenchimento fixo, 15 referentes ao CE e 3 posições livres (que, por enquanto, devem permanecer em branco). Assim, *prima facie*, o número do CE é necessário ao preenchimento do NIC.

O CE é gerado no Sistema MERCANTE, pelo transportador, servindo simultaneamente aos controles da RFB no SISCOMEX Carga.

Os principais intervenientes no SISCOMEX Carga são os transportadores (empresas e agências de navegação, suas parceiras e agentes de carga); consignatários (importadores, bancos comerciais); operadores portuários e depositários. Estes dois últimos não precisam se cadastrar no sistema MERCANTE, pois utilizam somente o SISCOMEX Carga para prestação de informações e consultas.

O cadastro, como usuários do SISCOMEX Carga, de dirigentes e prepostos de permissionários ou concessionários de recintos alfandegados (como a recorrente) é expressamente previsto no art. 2º, VII do ADE Corep nº 3, de 28/03/2008. Assim, os depositários têm acesso via *Web* ao SISCOMEX Carga, para registros e consultas, podendo inclusive efetuar *download* dos dados de documentos nos quais figurem diretamente como interessados (o que é esclarecido na resposta à pergunta 9, no sítio indicado).

À margem da discussão sobre a possibilidade que tem o depositário de indagar sobre o número do CE a seus clientes (e veja-se que mesmo sem ter o depositário o poder requisitório das autoridades fiscais, seria difícil que uma empresa interessada na conclusão do procedimento se negasse a fornecer o número do CE), ele próprio poderia consultá-lo no SISCOMEX Carga, bastando solicitar acesso ao sistema.

Assim, acordamos com o julgador *a quo* no sentido da desnecessidade da perícia solicitada.

Da eventual violação a dispositivo legal ou aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade

Dispõe o art. 97 do Decreto-Lei nº 37/1966:

“Art.97 - Compete à autoridade julgadora:

I - determinar a pena ou as penas aplicáveis ao infrator ou a quem deva responder pela infração, nos termos da lei;

II - fixar a quantidade da pena, respeitados os limites legais.”

A simples leitura do dispositivo já leva à conclusão de que o julgador só o descumpriria se se abstivesse de determinar a pena legalmente aplicável, ou a fixasse fora dos limites legais. Não é o que se vê no presente processo. A pena fixada pelo julgador *a quo* é perfeitamente compatível com a legislação por ele analisada.

Em relação ao juízo de razoabilidade ou proporcionalidade, é de se destacar que tem íntima ligação com o comando que acabamos de analisar. O artigo seguinte ao transcrito (art. 98 do Decreto-Lei nº 37/1966) dispõe:

“Art.98 - Quando a pena de multa for expressa em faixa variável de quantidade, o chefe da repartição aduaneira imporá a pena mínima prevista para a infração, só a majorando em razão de circunstância que demonstre a existência de artifício doloso na prática da infração, ou que importe agravar suas consequências ou retardar seu conhecimento pela autoridade fazendária.”

Veja que o julgador, ao fixar a quantidade da pena (art. 97, II), respeitados os limites legais (v.g., dentro da faixa variável a que se refere o art. 98), não pode fugir ao razoável.

Ocorre que nos casos em que a lei já fixa o montante da penalidade (ex: R\$ 5.000,00 por deixar de prestar informação na forma e nos prazos estabelecidos pela RFB), não resta tal ponderação ao julgador. A ponderação previamente feita pelo legislador, *ex lege*, no entanto, pode revelar-se desmedida em alguns casos. Contudo, tal análise fugiria à competência deste tribunal, pois implicaria o afastamento da aplicação da norma legal irrazoável, com base em princípio com guarida constitucional, apreciação vedada pela Súmula CARF nº 2.

Das possíveis justificativas para o descumprimento da obrigação de prestar informações no prazo e na forma estabelecidos pela RFB

a) Informação em atraso, em virtude de “CE posterior”

Sobre este tema já se tratou na análise preliminar da solicitação empreendida face à alegação de cerceamento de defesa. Contudo, há que se agregar alguns elementos à discussão, derivados da norma que passou a reger o SISCOMEX Carga.

A Instrução Normativa RFB nº 800, de 27/12/2007 (com efeitos a partir de 31/03/2008) estabeleceu prazos para informação do CE (em regra, 48 horas antes da chegada da embarcação). Contudo, o legislador, sabedor da dimensão das alterações procedimentais, estabeleceu na mesma norma (art. 50) que tais prazos somente seriam obrigatórios a partir de 01/01/2009 (data depois alterada para 01/04/2009 pela Instrução Normativa nº 899, de 29/12/2008). Em que pesem as dilações de prazo, o transportador deve sempre prestar as informações antes da atracação da embarcação no País (cf. art. 50, parágrafo único, II da mesma norma).

Assim, a informação do CE sempre estará disponível ao tempo da entrada no recinto alfandegado, aplicando-se restrição ao registro pelo depositário apenas nas hipóteses de bloqueio (ADE Corep nº 2, de 20/03/2008, art. 2º, II). Se o depositário não estava obtendo o dado a tempo, era por dificuldade técnica ou operacional sua.

b) Informação em atraso, em virtude de feriado ou final de semana

A única justificativa apresentada no processo para não se informar presença de carga nos feriados e finais de semana é também de ordem técnica ou operacional da recorrente. Não há dúvidas de que seria perfeitamente possível que funcionários da recorrente trabalhassem aos feriados e finais de semana para registrar a presença de carga.

É preciso corrigir-se aqui um equívoco na interpretação da recomendação do Ministério Público do Trabalho (Recomendação MPT nº 13.041/2010). A recomendação de forma alguma se refere a impossibilidade de trabalho aos fins de semana e feriados. Ela se limita a advertir sobre excessivas prorrogações de jornada de trabalho e sobre a necessidade constitucional de descanso semanal, preferencialmente aos domingos.

A recomendação do Ministério Público do Trabalho, destarte, não tem qualquer relação com o tema tratado no presente processo, e não veda de forma alguma o trabalho em finais de semana e feriados. Enquanto no presente processo se adverte que deveria haver atividades no recinto nos finais de semana, no documento do MPT se recomenda que os funcionários que hoje trabalham no recinto não excedam as cargas de trabalho máximas legalmente estabelecidas e tenham o descanso semanal constitucionalmente assegurado. Há perfeita possibilidade de a empresa cumprir uma e também outra recomendação.

c) Atuação em conformidade com ato interpretativo baixado pela autoridade fazendária competente

Dispõe o art. 101 do Decreto-Lei nº 37/1966:

“Art. 101 - Não será aplicada penalidade - enquanto prevalecer o entendimento - a quem proceder ou pagar o imposto:

I - de acordo com interpretação fiscal constante de decisão irrecorrível de última instância administrativa, proferida em processo fiscal inclusive de consulta, seja o interessado parte ou não;

II - de acordo com interpretação fiscal constante de decisão de primeira instância proferida em processo fiscal, inclusive de consulta, em que o interessado for parte;

III - de acordo com interpretação fiscal constante de circular, instrução, portaria, ordem de serviço e outros atos interpretativos baixados pela autoridade fazendária competente.”(grifo nosso)

A recorrente alega que a sua atuação encontra amparo em ato da unidade local da RFB, carreado aos autos. Analisemos a origem e a aplicabilidade dos documentos apresentados no contexto do presente contencioso.

O documento elaborado por AFRFB da Alfândega de Vitória é datado de 08/06/2009, e dá informação sobre caso em que se verifica lapso temporal acima de três semanas entre a descarga e a informação do NIC por outro depositário jurisdicionado pela Alfândega de Vitória, tendo tal depositário alegado problemas operacionais decorrentes de adaptação à nova regulamentação do tema pela RFB. No documento se informa ainda que chegou ao conhecimento da fiscalização que os fiéis depositários jurisdicionados pela

Alfândega do Porto de Vitória têm procedimentos de informação de NIC no MANTRA bastante díspares, não sendo aquele evidenciado um caso isolado. Como solução para uniformização do procedimento, o AFRFB propõe as seguintes providências:

“1. Intimar todos os depositários a informarem se estão observando, para informação de NIC, o disposto no art. 5º da IN SRF 680/2006 e, caso não estejam, justificarem a rotina que vêm adotando. Para o **caso de alegarem alguma dificuldade operacional** para a inobservância da IN SRF 680/2006, deverão informá-la e **será fixado um prazo pela autoridade aduaneira para sua solução**. Essa intimação ficará a cargo de cada NOA para os fiéis que jurisdiciona;

2. Dar ciência, mediante assinatura datada neste PPI, da obrigação de observar o disposto no ato normativo aqui citado e que lhes será imputada a multa prevista no art. 728, inciso IV, letra (sic) “f” do Regulamento Aduaneiro aprovado pelo Decreto 6.759/2009 quando for constatada informação de NIC em desacordo com o art. 5º da IN SRF 680/2006.

Deixamos, assim, pelas razões acima expostas, de aplicar sanção ao Terminal (...), que doravante deverá receber a sanção retrotipificada, salvo melhor juízo, se verificada nova ocorrência desse mesmo fato, por já estar devidamente cientificado nessa oportunidade.” (grifo nosso)

A proposta do AFRFB foi aprovada por seu superior e pelo Inspetor-chefe da Alfândega de Vitória, que determinou o envio do documento para ciência dos interessados em 09/06/2009.

Uma das empresas que toma ciência do documento é exatamente a recorrente, que apresenta, em 13/06/2009, à Alfândega de Vitória, a seguinte explicação sobre os procedimentos que adota:

“Em se tratando de terminal alfandegado, cujo recebimento de containers se dá principalmente através (sic) de DTCs, a obrigação de gerar os NICs, conforme dispositivo legal (sic) acima citado, no prazo considerado imediato, se dá automaticamente após conclusão do trânsito das DTCs, **excetuando-se os casos em que os containers entram nas sextas-feiras à noite, sábados e domingos, ou até mesmo nos feriados**, ficando para o primeiro dia útil subsequente a obrigação da geração dos NICs.

Além desses casos de chegada fora do período administrativo normal, ocorre (sic) também em casos quando **o importador não informa com antecedência o CE** mercante para registro imediato dos NICs. Desta forma, o terminal entra em contato com este importador e exige que seja enviado o CE para que seja cumprida a norma em questão.”(grifo nosso)

Os textos reproduzidos demonstram que a unidade local, diante da generalizada falta de uniformidade nos procedimentos adotados pelos diferentes depositários sob sua jurisdição, à época, optou por, antes de sancioná-los, indicar o caminho correto (cumprimento do art. 5º da IN SRF nº 680/2006), fornecendo prazo para cumprimento àqueles que apontassem dificuldades operacionais.

E já concluímos aqui (em consonância com o disposto na própria autuação e no julgamento *a quo*) que as dificuldades relativas a registro em feriados e finais de semana e no caso de “CE posteriores” decorrem de problemas/dificuldades operacionais da recorrente. Se esta comunica tais situações à Alfândega, seria de se esperar que fosse concedido o aludido prazo para seu saneamento. Recorde-se que a autuação refere-se tão somente a irregularidades constatadas entre 01/09/2007 e 24/04/2009, e a comunicação é datada de 13/06/2009 (assim, maculada estaria a autuação, qualquer que fosse o prazo para saneamento).

Assim, de acordo com o entendimento expresso no âmbito da unidade da RFB (e veja-se que não foi somente o julgamento ou o parecer em um caso isolado, porque o titular da unidade acatou a proposta de comunicação a todos e de tratamento geral do tema), o procedimento em relação à recorrente (que ainda estava na fase de intimação para esclarecimentos que antecederam a autuação, efetuada em 02/02/2010) deveria ter trilhado destino diverso.

Entendemos, assim, aplicável à situação o art. 101, III do Decreto-Lei nº 37/1966, pois à época prevaleceu o entendimento da unidade local da RFB competente para interpretar a matéria (externada em ato público a todos os depositários jurisdicionados) de que a sanção de multa de que trata esta autuação aplicar-se-ia apenas após a ciência do parecer uniformizador da unidade, ou ainda após o prazo concedido para sanar eventuais dificuldades operacionais.

Incabível, assim, a aplicação da penalidade infligida na presente autuação.

Contudo, analisemos ainda a última argumentação da recorrente, no que se refere à existência de caráter continuado da infração e possibilidade de aplicação de penalidade diversa (advertência).

Caráter continuado da infração e possibilidade de aplicação de penalidade diversa (advertência)

Encontramos competente esclarecimento sobre as infrações continuadas na área tributária na premiada obra de PAULO JOSÉ DA COSTA JR. e ZELMO DENARI¹, quando este, no tópico intitulado “Infrações tributárias continuadas” sustenta:

*“O instituto penal dos **crimes continuados** supõe que crimes da **mesma espécie** sejam praticados em tais **condições de tempo, lugar e maneira de execução** que os subseqüente sejam havidos como continuação dos precedentes. Nesta hipótese, a **lei penal** prevê a aplicação da pena de **um só dos crimes**, ou a mais grave se diversos, **aumentada de um sexto a dois terços** (conforme art. 71 do Código Penal).*

*Na **área tributária**, **é possível**, da mesma sorte, sustentar, **em tese**, a ocorrência de violações continuadas à lei tributária, caracterizadas pela prática sucessiva de infrações da mesma espécie, de tal sorte que, presentes as condições de tempo, lugar e maneira de execução, possam ser qualificadas como infrações continuadas.*

¹ COSTA JÚNIOR, Paulo José da; DENARI, Zelmo. *Infrações Tributárias e Delitos Fiscais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 27-28. A obra foi agraciada com o prêmio "Livro do Ano de 1995" pela Academia Brasileira de

*Um dos exemplos mais flagrantes de infrações continuadas é o que decorre da falta sistemática de emissão de documentos fiscais. **De todo modo, nossa legislação não as contempla, o que faz crer que devemos dispensar-lhes o mesmo tratamento do concurso material de infrações: cumulam-se as penas pecuniárias aplicadas às infrações ainda que continuadas.** (grifo nosso)*

Veja-se que o Direito Penal positivo contempla expressamente a figura da infração continuada e seu tratamento (aumento de pena de um sexto a dois terços), enquanto no reino das penalidades administrativas tributárias (Direito Tributário Sancionatório) inexistente tratamento específico para a matéria.

Contudo, em matéria aduaneira, o legislador esboçou um tratamento à matéria, ainda que incompleto, no art. 99 do Decreto-Lei nº 37/1966:

*“Art.99 - Apurando-se, no mesmo processo, a prática de **duas ou mais infrações pela mesma pessoa** natural ou jurídica, aplicam-se **cumulativamente**, no grau correspondente, quando for o caso, **as penas a elas cominadas**, se as infrações **não forem idênticas**.”*

*§ 1º - Quando se tratar de **infração continuada** em relação à qual tenham sido lavrados **diversos autos ou representações**, serão eles **reunidos em um só processo, para imposição da pena**.”*

§ 2º - Não se considera infração continuada a repetição de falta já arrolada em processo fiscal de cuja instauração o infrator tenha sido intimado.”(grifo nosso)

A preocupação do legislador aponta para o aspecto formal (reunião ou não de processos para aplicação unificada da penalidade). Entretanto, não afirma objetivamente a providência sancionatória a ser adotada após a junção dos diversos processos em um, o que levou o Poder Executivo a interpretar o dispositivo (art. 679 do Regulamento Aduaneiro - Decreto nº 6.759/2009) no sentido de que também aí cumular-se-iam as penalidades.

Assim, em que pesem alguns posicionamentos jurisprudenciais aplicando à seara administrativa os atributos do crime continuado (ora estabelecendo a multa correspondente à infração acrescida de um sexto a dois terços, ora aplicando-a simplesmente uma vez), entendemos carente de disciplinamento legal a matéria.

Improcedente, destarte, a argumentação no sentido de aplicação de uma penalidade única de R\$ 5.000,00, por configurar-se infração continuada.

Por derradeiro, analise-se a relação existente entre a multa estabelecida no art. 107, IV, “f” do Decreto-Lei nº 37/1966, com a redação dada pela Lei nº 10.833/2003 (tratada no presente processo), e a sanção administrativa de advertência estabelecida no art. 76 da mesma Lei nº 10.833/2003, pois no o recurso voluntário alega-se que a autonomia das penalidades de advertência e de multa não retira a competência da autoridade julgadora nem impede a aplicação de preceito que autoriza a substituição de uma penalidade por outra.

Veja-se inicialmente o texto do art. 107, referente à multa:

*“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;**

(...)

§ 2º **As multas previstas neste artigo não prejudicam a exigência dos impostos incidentes, a aplicação de outras penalidades cabíveis e a representação fiscal para fins penais, quando for o caso”** (grifo nosso).

Repare-se que o texto normativo explicita a possibilidade de cumulatividade com outras penalidades cabíveis.

Apresente-se agora o disposto no art. 76 da Lei nº 10.833/2003, no que se refere à penalidade de advertência:

“Art. 76. Os **intervenientes** nas operações de comércio exterior ficam sujeitos às seguintes sanções:

I - **advertência**, na hipótese de:

(...)

b) falta de registro ou registro de forma irregular dos documentos relativos a entrada ou saída de veículo ou mercadoria em recinto alfandegado;

(...)

§ 2º Para os efeitos do disposto neste artigo, **considera-se interveniente** o importador, o exportador, o beneficiário de regime aduaneiro ou de procedimento simplificado, o despachante aduaneiro e seus ajudantes, o transportador, o agente de carga, o operador de transporte multimodal, o operador portuário, o **depositário**, o administrador de recinto alfandegado, o perito, o assistente técnico, ou qualquer outra pessoa que tenha relação, direta ou indireta, com a operação de comércio exterior.

(...)

§ 15. As sanções previstas neste artigo **não prejudicam a exigência dos impostos incidentes, a aplicação de outras penalidades cabíveis e a representação fiscal para fins penais, quando for o caso.”** (grifo nosso)

Aqui também há expressa menção legal à possibilidade de cumulatividade com outras penalidades cabíveis.

Incabível ao julgador, assim, optar entre uma e outra penalidade (multa ou advertência), ou substituir uma pela outra. Ademais, entendendo esse tribunal pela inaplicabilidade da multa, isso não afeta em nada a possibilidade de aplicação da advertência, que tem rito próprio, e que não deságua nem nas DRJ nem neste CARF. Veja-se a competência (hierárquica, dos Superintendentes Regionais da RFB) para apreciar recursos de aplicação de advertência pelas unidades da RFB, estabelecida no § 13 do mesmo art. 76 da Lei nº 10.833/2003:

“§ 13. Da decisão que aplicar a sanção cabe recurso, a ser apresentado em 30 (trinta) dias, à autoridade imediatamente superior, que o julgará em instância final administrativa.”

Assim, além de serem as penalidades de multa e advertência independentes, elas são aplicáveis por ritos diferentes, e julgadas em instâncias administrativas diversas. Totalmente incabível, então, manifestar-se este CARF sobre a sanção administrativa de advertência. Nesse aspecto, destarte, improcedente as alegações do recurso voluntário.

Considerando as análises aqui empreendidas, em relação a cada um dos tópicos constantes do recurso voluntário, voto pelo provimento deste, em função de a situação apresentada enquadrar-se na hipótese tratada no inciso III do art. 101 do Decreto-Lei nº 37/1966.

Rosaldo Trevisan