

PROCESSO Nº: 080014515.2014.4.05.8000

APELAÇÃO

APELANTE: FAZENDA NACIONAL

APELADO: x

ADVOGADO: MARCELO MADEIRO DE SOUZA (e outros)

RELATOR(A): DESEMBARGADOR(A) FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (CONVOCADO) 4ª TURMA

RELATÓRIO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (Relator Convocado): Cuida-se de apelação de sentença que julgou procedente a ação para declarar válida a retificação espontânea realizada pela autora, efetivada no curso do procedimento administrativo epigrafado na declaração de importação nº 12/23122494, bem como a nulidade do auto de infração (processo administrativo 10814.723541/201311) e da pena de perdimento dos bens descritos na Declaração de Importação nº 12/23122494.

Condenação da União nas custas processuais em devolução e em honorários advocatícios, fixados em 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa.

Em suas razões, a União explicita que, no caso, caracterizada a ocultação do real adquirente, a Lei não dá possibilidade de aplicação de outra pena que não a de perdimento de bens, e que o referido pedido de Retificação foi feito de forma extemporânea, posto que o registro da declaração é o marco suficiente para a exclusão da espontaneidade do pedido de retificação. E, ainda, destaca que eventual existência de boa-fé ou ausência de intenção/vontade de burlar a lei não descaracteriza o dano ao Erário definido na legislação aduaneira. Defende a observância ao princípio da legalidade e que não há que se falar em ofensa aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, nem em comprovação de efetivo dano material ao Erário. Pugna pelo pagamento por parte do Demandante de valor correspondente aos bens cuja pena de perdimento se tornou impossível, diante da provável irreversibilidade da medida, com a inversão do ônus sucumbencial.

Após contrarrazões, subiram os autos, sendo-me conclusos por força de distribuição.

É o relatório.

Peço a inclusão do feito em Pauta para julgamento.

VOTO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (Relator Convocado): De início, destaco que se faz mister observar que toda mercadoria internalizada no país sujeita-se ao despacho aduaneiro, devendo ter seu registro de declaração de importação no SISCOMEX (art. 545, Decreto nº 6.759/2009).

No caso, observo que a aplicação da pena de perdimento não se mostra razoável, exatamente porque, ao que tudo indica, não teria havido a intenção, por parte da apelada, de ocultar o real

comprador de uma operação de importação de bens (duas máquinas de inspeção de nível de enchimento e tampa para latas).

A despeito do erro cometido pela mesma no momento do registro da declaração de importação o qual teria acontecido, segundo alega, por inexistir no campo da Declaração de Importação do SISCOMEX Sistema Integrado de Comércio Exterior (programa fornecido pela Receita Federal do Brasil para controle de importações) qualquer indicação de importação na modalidade encomenda, informação essa não refutada pela Fazenda Nacional, a mesma apresentou retificação da declaração de importação, disponibilizando todas as informações necessárias à identificação das empresas que estariam adquirindo os bens apreendidos.

Deduzir a atuação dolosa da parte autora na improbabilidade da ocorrência de erro em razão da sua experiência na importação de mercadorias do exterior não se mostra medida acertada. Como dito, ao que tudo indica, ocorreu por falha.

Assim, não me parece que no caso concreto a aplicação da citada penalidade se apresente como melhor solução, à luz do princípio da proporcionalidade. A pena máxima do perdimento de bens somente se revela adequada e razoável em hipóteses tais que se demonstre o animus do transportador de se furtar ao controle aduaneiro.

A documentação acostada nos autos leva ao entendimento de que procede a alegação da ocorrência do erro, bem como restou comprovada a retificação da Declaração de Importação nº 12/23122494, nos termos do artigo 552 do Regulamento Aduaneiro. Igualmente, da documentação acostada, não se evidencia a existência de dolo da empresa ou intenção de fraudar a fiscalização aduaneira. A boa-fé da recorrida deve ser considerada na aplicação da pena. A pena de perdimento é medida de exceção e deve ser aplicada quando houver manifesta má-fé, e isso não restou configurado nos autos.

O entendimento não fere o disposto no art. 37 do Decreto Lei nº 37/1966, nem o art. 136 do CTN, uma vez que não se verificou a fraude ou manifesta intenção em burlar o fisco.

Sobre o assunto, cito as seguintes decisões desta Corte:

"ADMINISTRATIVO. APREENSÃO DE CONTÊINER. APRESENTAÇÃO EXTEMPORÂNEA DE DOCUMENTAÇÃO EXIGIDA PELA LEGISLAÇÃO (MANIFESTO DE CARGA). JUNTADA, 24 HORAS DEPOIS, DE PLANO DE CARGA COM A INDICAÇÃO DO CONTÊINER. PENA DE PERDIMENTO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. PENALIDADE EXCESSIVA. INEXISTÊNCIA DE ANIMUS EM BURLAR O FISCO. COMPROVAÇÃO DA BOA-FÉ DO IMPORTADOR. LIBERAÇÃO. PAGAMENTO DE MULTA JUSTA. DL Nº 37/66. IN/SRF Nº 800/07. PRECEDENTES DO COLENDO STJ E DOS TRF'S.(...)

3. A questão cinge-se em aferir se a pena de perdimento de bens se mostra excessiva no caso em tela, ofendendo o princípio da proporcionalidade, de modo a anular o auto de infração. 4. A infração praticada pela impetrante, bem assim a correspondente penalidade aplicada, foram incursas no art. 105, caput, e inciso IV, do DL nº 1.455/76. A documentação acostada aos autos demonstra à saciedade a apresentação extemporânea do manifesto de carga, eis que posterior ao início do procedimento de controle alfandegário. Em princípio, portanto, o ato impugnado no presente mandamus encontra perfeita compatibilidade com a legislação aplicável. 5. Entretanto, no caso concreto, a aplicação do citado dispositivo não traduz a melhor solução, à luz do princípio da proporcionalidade. A pena máxima do perdimento de bens somente se revela adequada e razoável em hipóteses tais que se demonstre o animus do transportador de se furtar ao controle aduaneiro.

(...)7. A pena de perdimento de bens, por ser medida extrema, apenas deve ser aplicada quando restar comprovado o dolo do importador. In casu, não está configurado o dolo, a vontade de burlar a fiscalização, pois o Plano de Carga apresentado pelo próprio impetrante tinha incluso o contêiner que foi posteriormente apreendido. Foi exatamente este Plano que chamou a atenção do Fisco para a incongruência entre os dados do citado Plano (com um contêiner a mais do que os listados no manifesto) e os dados do sistema de controle alfandegário SISCOMEX CARGA. Não houvesse o próprio importador apresentado dados divergentes talvez não houvesse sido detectado o equívoco. 8. A não aceitação extemporânea de documentos entregues em tempo tão curto, menos de 24 horas após a apreensão, configura conduta excessiva por parte da autoridade impetrada. 9. O importador, ao apresentar o Plano de Carga, possibilitou a apuração da infração, o que claramente evidencia tratar-se de erro escusável, passível de pena menos gravosa que o perdimento de bens. 10. Precedentes do colendo STJ e dos TRF's. 11. Agravo retido não conhecido. Apelação e remessa oficial não providas." (APELREEX18401/PE, rel. Desembargador Federal Marcelo Navarro, DJe 22.3.2012)

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESEMBARAÇO ADUANEIRO. INDÍCIOS DE SUBFATURAMENTO DOS PREÇOS DAS MERCADORIAS IMPORTADAS E DE OCULTAÇÃO DO REAL

COMPRADOR, VENDEDOR E DO RESPONSÁVEL PELA OPERAÇÃO. LIBERAÇÃO DAS MERCADORIAS SEM PRESTAÇÃO DE GARANTIA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 80 DA MP 2.15835/

2001 E IN 228/2002 DA RFB. PRECEDENTES. AGTR IMPROVIDO.1. A decisão agravada, nos autos da ação ordinária de origem, em caráter de reapreciação, revogou a liminar concedida inicialmente, facultando à parte autora, a liberação da mercadoria mediante a prestação de garantia, nos termos do art. 80 da Medida Provisória 2.15835/2001 e art. 7º da Instrução Normativa 228/2002, bem como, considerando que o procedimento especial denuncia a ocorrência de subfaturamento da mercadoria retida, o seu preço, para os fins do referido dispositivo, deve ser o preço de mercado arbitrado pelo Fisco Federal. 2. No desembaraço aduaneiro das mercadorias importadas pela ora agravante, constatou-se a existência de fortes indícios de subfaturamento, já que os valores declarados pela agravante eram muito inferiores aos declarados por outros importadores, bem como de ocultação do real comprador, vendedor e do responsável pela operação, tendo em vista a existência de informações e documentos no registro de autorização de atividade da empresa panamenha SAKAI INTERNATIONAL CORP no sítio da rede mundial de computadores do Florida Department of State Division of Corporations (www.sunbiz.org), segundo os quais o Sr. Francisco Alejo Depons Ventoso, não somente é diretor da SAKAI, mas também dispõe de procuração de 06/03/2009 que lhe outorga amplos poderes para a administração dessa sociedade, sendo o referido sócio também da agravante. 3. Além disso, também se verificou a presença de indícios de que a importação do pescado em tela teria sido realizada na modalidade "por encomenda", o que importaria na ocultação do encomendante, real interveniente ou responsável pela operação.4. Ora, acaso comprovados os indícios de irregularidades na referida operação de importação, as mercadorias estarão sujeitas a pena de perdimento, a qual não deve ser tão somente convertida em multa, dado que o art. 23, parágrafo 3º., do Decreto Lei 1.455/76 37/66 c/c o art. 689, parágrafo 1º, do Regulamento Aduaneiro de 2009, permitem à fiscalização aduaneira realizar a conversão do perdimento em multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria quando esta não for localizada e/ou já tenha sido consumida, o que não ocorre no presente caso.

5. Assim, entendo que deve ser mantida a decisão agravada, na medida em que se ponderaram os interesses de todos os envolvidos, facultando à parte autora a liberação da mercadoria mediante a prestação de garantia, nos termos do art. 80 da Medida Provisória 2.15835/2001 e art. 7º da Instrução Normativa 228/2002, dando-se continuidade à verificação dos indícios de irregularidade apontados em procedimento administrativo. 6 (...)7. Com esses fundamentos, nego provimento ao AGTR. 8. É como voto. (Agravado de Instrumento, Número do Processo: 08014689620144050000, Data do Julgamento: 29/05/2014, Relator: Desembargador Federal Joaquim Lustosa Filho (Convocado))

Ressalte-se que não está o Judiciário substituindo o agente público na prática de ato administrativo, pois o que se está analisando é o cabimento da sanção aplicada e a retenção da mercadoria.

Sobre a matéria, o Superior Tribunal de Justiça também já firmou posicionamento no sentido de que se afasta a pena de perdimento no caso de declaração inexata em seu valor, natureza ou quantidade da mercadoria importada.

Vejamos o seguinte precedente:

"RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. IMPORTAÇÃO. SUBFATURAMENTO. PENA DE PERDIMENTO.

ART. 105, VI, DO DL 37/66. NÃO INCIDÊNCIA. HIPÓTESE SUJEITA À MULTA. ART. 108, PARÁGRAFO ÚNICO, DO DL 37/66.

1. A pena de perdimento, prevista no art. 105, VI, do DecretoLei 37/66, incide nos casos de falsificação ou adulteração de documento necessário ao embarque ou desembaraço da mercadoria, enquanto a multa prevista no parágrafo único do art. 108 do mesmo diploma legal destinasse a punir declaração inexata em seu valor, natureza ou quantidade da mercadoria importada.

2. Quando a declaração de importação é falsa quanto à natureza da mercadoria importada, seu conteúdo ou quantidade, será possível aplicar-se, a par da multa, também a pena de perdimento em relação ao excedente não declarado, tendo em vista o que dispõe o inciso XII do art. 618 do Regulamento Aduaneiro vigente à época dos fatos (Decreto 4.543/02).

3. Todavia, quando a hipótese é exclusiva de subfaturamento, não há regra semelhante autorizando a pena de perdimento, devendo ser aplicada somente a norma específica, que é a multa de 100% sobre a diferença apurada entre o valor real e o declarado, nos termos do art. 108, parágrafo único, do DL 37/66.

4. No caso, segundo o arcabouço fático delineado na origem, houve apenas subfaturamento, vale dizer, indicação de valores a menor para a operação de importação, o que afasta a incidência da pena de perdimento.

5. Recurso especial não provido." (REsp 1242532/RS. Rel. Min. Castro Meira. DJe 02/08/2012)

No que se refere ao reconhecimento da validade da retificação espontânea realizada pela requerente, entendo que, em tendo sido lavrado Termo de Retenção e Início de Fiscalização, cuja ciência do interessado ocorreu em 29/01/2013, com posterior envio dos Termos de Intimação para as empresas referidas no registro DI, e havido apresentação de pedido de Retificação Espontânea da Declaração de Importação nº 12/23122494, em 25/01/2013, entendo que não cabe a pleiteada exclusão da espontaneidade do referido pedido de retificação.

Outrossim, destaco para o disposto no artigo 23 inciso V do DecretoLei 1.455/1976, pelo artigo 689 inciso XXII, do Regulamento Aduaneiro, e no artigo 33 da Lei 11.488 de 2007, in verbis:

DecretoLei 1.455/1976

Art. 23. Consideram-se dano ao Erário as infrações relativas às mercadorias: (...)

V – estrangeiras ou nacionais, na importação ou na exportação, na hipótese de ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou de responsável pela operação, mediante fraude ou simulação, inclusive a interposição fraudulenta de terceiros. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002) (...)

Regulamento Aduaneiro (Decreto 6.759/2009)

Art. 689. Aplica-se a pena de perdimento da mercadoria nas seguintes hipóteses, por configurarem dano ao Erário (DecretoLei n o 37, de 1966, art. 105; e DecretoLei n o 1.455, de 1976, art. 23, caput e § 1 o , este com a redação dada pela Lei n o 10.637, de 2002, art. 59):

XXII estrangeira ou nacional, na importação ou na exportação, na hipótese de ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou de responsável pela operação, mediante fraude ou simulação, inclusive a interposição fraudulenta de terceiros.

§ 6 o Para os efeitos do inciso XXII, presume-se interposição fraudulenta na operação de comércio exterior a não comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados (DecretoLei n o 1.455, de 1976, art. 23, § 2 o , com a redação dada pela Lei n o 10.637, de 2002, art. 59)."

Lei 11.488 de 2007

"Art. 33. A pessoa jurídica que ceder seu nome, inclusive mediante a disponibilização de documentos próprios, para a realização de operações de comércio exterior de terceiros com vistas no acobertamento de seus reais intervenientes ou beneficiários fica sujeita a multa de 10% (dez por cento) do valor da operação acobertada, não podendo ser inferior a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais)."

Vale ressaltar, ainda, que restou evidenciada a ocorrência da apontada importação por encomenda (Art. 2º, §1º, da Instrução Normativa nº 634/06), mediante a retificação ocorrida tendente à comprovação do preenchimento dos requisitos da referida importação.

Desse modo, concordo com o entendimento de que não ocorreu o efetivo dano ao erário, ainda mais quando a liberação da mercadoria ocorreu mediante o necessário pagamento dos tributos/ custos de armazenagem envolvidos.

Sobre a matéria, cito o seguinte julgado, embora referente à situação inversa, seguindo o mesmo entendimento:

" MANDADO DE SEGURANÇA. AUTO DE INFRAÇÃO. MERCADORIAS APREENDIDAS. PENA DE

PERDIMENTO. LIBERAÇÃO. IMPORTAÇÃO POR ENCOMENDA.

1. Trata-se de Apelação Cível interposta nos autos do mandado de segurança, com pedido liminar, que julgou improcedente o pedido de liberação das mercadorias apreendidas, revogando a liminar anteriormente deferida. A Impetrante objetivava a anulação dos Autos de Infração nº 0717700/00617/10 e 0717700/00618/10 que ensejaram a aplicação da pena de perdimento das mercadorias apreendidas, além de multa de R\$ 5.705,25 (cinco mil, setecentos e cinco reais e vinte e cinco centavos). 2. A Impetrante não logrou comprovar a ilegalidade dos atos impugnados, os quais gozam

de presunção de legitimidade; igualmente não prova a regularidade da negociação objeto dos referidos autos de infração, não podendo, assim, ser a negociação caracterizada como importação por encomenda, já que deveria o encomendante ser identificado, e estar habilitado para operar no SISCOMEX, nos termos da IN SRF nº 634/2006, devendo, ainda, a importação ser realizada integralmente com os recursos do importador contratado. O caso se enquadra no termos do art. 23, V, da Lei nº 1.455/76, considerando-se dano ao Erário Público a ocultação do real comprador de uma operação de importação de bens. 3. Assim, a partir da análise dos documentos acostados às fls. 141/166, constatasse que não houve qualquer menção pela Impetrada, durante o desembaraço aduaneiro, que a mercadoria importada seria destinada a outra pessoa jurídica, de modo que se infere que houve a intenção de ocultar o destinatário da operação, principalmente por se tratar de pessoa jurídica impedida de atuar no comércio exterior e não ter havido contrato formal de importação de bens entre as empresas, sendo aplicável, assim, a pena de perdimento de bens. 4. Recurso desprovido." (TRF2, AC 529942, EDJF2R 25/04/2012, Relator Desembargador Federal Poul Erik Dyrlyund)

Nesse sentido, consta também que foi lavrado pela própria Administração novo auto de infração referente à citada ocultação do sujeito passivo na importação (processo administrativo 10814.723542/201366), com aplicação da penalidade de multa de 10% (dez por cento) do valor da operação comercial. Desse modo, entendo que, no caso, não merece guarida o pleito de pagamento do valor correspondente aos bens em substituição à pena de perdimento, dado o afastamento de sua aplicação no caso concreto.

Quanto aos honorários advocatícios, determina o art. 20, § 3º e § 4º do CPC, in verbis:

"Art. 20. (...)

§3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos:

- a) o grau de zelo do profissional;
- b) o lugar de prestação do serviço;
- c) a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante aplicação equitativa do juiz, atendidas as alíneas a, b e c do parágrafo anterior.

Assim, de acordo com a previsão do referido dispositivo legal, o juiz não se encontra aos limites previstos no art. 20, §3º, caput, devendo atender apenas aos parâmetros das alíneas da norma legal.

De acordo com o §4º, do art. 20, do CPC, nas causas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão aplicados equitativamente pelo Juiz, observando-se, o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço e a natureza e importância da causa, além do trabalho realizado pelo advogado.

Levando-se em conta o disposto no art. 20, §4º, do CPC, tenho que a fixada dos honorários no percentual de cinco por cento sobre o valor atribuído à causa (no caso, fixada no montante de cento e vinte e quatro mil cento e oitenta e oito reais e noventa e um centavos), ou seja, correspondente a mais de seis mil reais, não se mostra razoável. Entendo que, na hipótese, o percentual de 2% (dois por cento)) sobre o valor da causa, corresponde a montante condizente com a situação dos autos, a ser pago pela Fazenda Nacional a título de honorários

advocatícios, notadamente, em atenção ao disposto nas alíneas a, b e c do parágrafo terceiro, do mesmo artigo 20, do CPC.

Diante do exposto, dou parcial provimento à apelação, apenas para reduzir os honorários advocatícios, para o correspondente a dois por cento sobre o valor da causa.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. DESEMBARAÇO ADUANEIRO. IMPORTAÇÃO. ENCOMENDA. IDENTIFICAÇÃO DO COMPRADOR. RETIFICAÇÃO PROCEDIDA. PENA DE PERDIMENTO APLICADA. LIBERAÇÃO DA MERCADORIA. ENTREGA CONDICIONADA À COMPROVAÇÃO DE ATENDIMENTO DE TODAS AS EXIGÊNCIAS DA FISCALIZAÇÃO LOCAL E DA COMPROVAÇÃO DE RECOLHIMENTO DOS TRIBUTOS INCIDENTES. HONORÁRIOS. REDUÇÃO. ARTIGO 20, §§ 3º E 4º, DO CPC.

I Apelação de sentença que julgou procedente a ação para declarar válida a retificação espontânea realizada pela autora, efetivada no curso do procedimento administrativo epigrafado na declaração de importação nº 12/23122494, bem como a nulidade do auto de infração (processo administrativo 10814.723541/201311) e da pena de perdimento dos bens descritos na Declaração de Importação nº 12/23122494.

Condenação da União nas custas processuais em devolução e em honorários advocatícios, fixados em cinco por cento sobre o valor da causa.

II No caso, a aplicação da pena de perdimento não se mostra razoável, exatamente porque, ao que tudo indica, não teria havido a intenção, por parte do apelado, de ocultar o real comprador de uma operação de importação de bens (duas máquinas de inspeção de nível de enchimento e tampa para latas).

III A despeito do erro cometido pela empresa no momento do registro da declaração de importação o qual teria acontecido, segundo alega, por inexistir no campo da Declaração de Importação do SISCOMEX Sistema Integrado de Comércio Exterior, qualquer indicação de importação na modalidade encomenda, informação essa não refutada pela Fazenda Nacional, a mesma apresentou retificação da declaração de importação, disponibilizando todas as informações necessárias à identificação das empresas que estariam adquirindo os bens apreendidos.

IV A boa-fé da recorrida deve ser considerada na aplicação da pena. A pena de perdimento é medida de exceção e deve ser aplicada quando houver manifesta má-fé, e isso não restou configurado nos autos. A aplicação da referida penalidade não se apresenta como melhor solução no caso concreto, à luz do princípio da proporcionalidade.

V Na medida em que as mercadorias já foram liberadas desde a concessão da liminar, e que a impetrante/apelada não ficou liberada da responsabilidade pelo pagamento, além dos tributos devidos, das despesas relativas à armazenagem, e ainda, que houve a retificação tendente a caracterizar a importação por encomenda, tendo sido, inclusive, lavrado pela própria Administração novo auto de infração referente à citada ocultação do sujeito passivo na importação, com aplicação da penalidade de multa de dez por cento do valor da operação comercial, não há que se falar, na hipótese, em prejuízo para o Erário a ensejar a aplicação da pena de perdimento da mercadoria.

VI Nos termos do §4º, do art. 20, do CPC, nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão aplicados equitativamente pelo Juiz, observando-se, o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço e a natureza e importância da causa, além do trabalho realizado pelo advogado.

VII Apelação parcialmente provida, apenas para reduzir os honorários advocatícios, para o correspondente a dois por cento sobre o valor da causa.

ACORDAM os Desembargadores Federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, em dar parcial provimento à apelação, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.