



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO 0005217-63.2017.4.01.0000/DF
Processo na Origem: 625188420164013400

RELATOR(A) : DESEMBARGADOR FEDERAL HERCULES FAJOSSES
AGRAVANTE :
ADVOGADO : DF00023585 - MARYANNE RODRIGUES DE OLIVEIRA
ADVOGADO : SP00273650 - MICHELLE DE CARVALHO CASALE FAUVEL
ADVOGADO : SP00202052 - AUGUSTO FAUVEL DE MORAES
AGRAVADO : UNIAO FEDERAL
PROCURADOR : JOSÉ ROBERTO MACHADO FARIAS

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por _____, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, contra decisão que indeferiu o pedido de tutela provisória, objetivando “suspender a pena de perdimento e conseqüentemente qualquer ato que atente contra a Aeronave adquirida pela Agravante no mercado interno já nacionalizada, evitando o perecimento e leilão, nos termos ali declarados, bem como liberar a Aeronave retida pelo Fisco ilegalmente para uso mediante compromisso de fiel depositários, assumindo a Agravante o compromisso nos termos e condições legais” (fls. 27/28), nos autos da Ação Ordinária n.º 0062518-84.2016.4.01.3400.

Ao decidir, Sua Excelência entendeu que:

- (i) “No presente caso, foi apurado por meio de processo administrativo indícios de fraude com sujeição do bem à pena de perdimento, o que pode em tese, reter o bem – uma vez que, instaurou-se procedimento administrativo fiscal para apuração da interposição fraudulenta de terceiro, cujo resultado foi a aplicação da pena de perdimento do bem. Não se trata, apenas, de questionamento quanto ao recolhimento de tributos.” (fl. 85)
- (ii) “A despeito da Declaração de Importação, alegada pela parte autora – por si só, não é suficiente para afastar a legitimidade dos fatos apurados, - via administrativa, pela Receita Federal do Brasil, portanto transparecendo um negócio simulado.” (fl. 86).

A agravante sustenta que:

- (i) “Restou inequívoco, pelos documentos apresentados pela Agravante, que a Aeronave já estava nacionalizada/importada, isso quer dizer que sua regularização no território nacional já estava completa inclusive com o pagamento de todos os impostos referentes a nacionalização/importação, não havendo que se falar em mercadoria estrangeira possuída a qualquer título com falsificação ou adulteração de documentos, muito menos em mercadoria estrangeira desembaraçada com pagamento parcial dos tributos mediante artifício doloso, haja vista que desde 28/04/2010 a mesma já havia sido nacionalizada e com todos os impostos pagos, caso em que se houvesse alguma pendência, a referida nacionalização não se concretizaria.” (fls. 11/12)

- (ii) “(...) a Agravante não participou e muito menos foi responsável pela importação da Aeronave, objeto da fiscalização, tendo conforme acima descrito, adquirido o bem no mercado interno já nacionalizado/importado, da empresa _____, devidamente registrada no CNPJ nº _____, mediante a emissão da nota fiscal nº 103, no valor de R\$1.395.000,00 (um milhão, trezentos e noventa e cinco mil reais).” (fl. 12).
- (iii) “(...) a aeronave foi adquirida de terceiro pela Agravante, dois meses após a respectiva nacionalização/importação. Não poderia a Agravante ter conhecimento acerca da existência de pendência administrativa pairando sobre o bem, uma vez que não constavam quaisquer gravames relativos à irregularidade da Aeronave.” (fl. 18).
- (iv) “(...) a urgência da medida está demonstrada na pena de perdimento aplicada que culminará com o perecimento e leilão da Aeronave ora em discussão e a retenção ilegal já está causando inúmeros prejuízos a Agravante, o que tornaria inócuo eventual julgamento final reconhecendo a nulidade do processo administrativo.” (fl. 32)

Sem contrarrazões.

É o relatório. Decido.

De acordo com o Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal (fls. 94/161), instaurado pela Receita Federal, na DI nº 10/0688824-3, objetivando verificar a regularidade na importação da aeronave de prefixo estrangeiro N230CS, marca BEECHCRAFT, modelo 200, número de série BB-306, ano de fabricação 1977, pertencente à empresa agravante, “(...) foram constatadas três infrações que caracterizam dano ao erário e que são puníveis com a pena de perdimento da mercadoria, nos termos do Art. 23, inciso V e § 1º do Decreto-Lei 1.455/1976, incluído pela Lei 10.637/2002. 1 – Mercadoria estrangeira possuída a qualquer título com falsificação ou adulteração de documentos; 2 – Mercadoria estrangeira desembaraçada com pagamento parcial dos tributos, mediante artifício doloso; 3 – Interposição fraudulenta com a ocultação do real vendedor e do real adquirente d mercadoria importada.” (fl. 99)

Quanto às infrações imputadas à agravante e às demais empresas constantes da DI nº 10/0688824-3, no referido auto de infração, o subfaturamento (fls. 126/128) tem previsão no art. 108 do DL nº 37/66, nos seguintes termos:

Art. 108 - Aplica-se a multa de 50% (cinquenta por cento) da diferença de imposto apurada em razão de declaração indevida de mercadoria, ou atribuição de valor ou quantidade diferente do real, quando a diferença do imposto for superior a 10% (dez por cento) quanto ao preço e a 5% (cinco por cento) quanto a quantidade ou peso em relação ao declarado pelo importador.

Parágrafo único. Será de 100% (cem por cento) a multa relativa a falsa declaração correspondente ao valor, à natureza e à quantidade.

No tocante à interposição fraudulenta de terceiros, o art. 23, inc. V e §§ 1º e 2º, do Decreto-Lei nº 1.455/76 penalizava tal conduta com o perdimento das mercadorias, *verbis*:

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.

VI - [\(Vide Medida Provisória nº 320, 2006\)](#)

§ 1º O dano ao erário decorrente das infrações previstas no caput deste artigo será punido com a pena de perdimento das mercadorias. [\(Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002\)](#)

§ 2º Presume-se interposição fraudulenta na operação de comércio exterior a não-comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados. [\(Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002\)](#)

Contudo, a superveniência do art. 33 da Lei nº 11.488/2007 reduziu a pena aplicável à conduta, ao deixar de ressaltar a possibilidade de aplicação concomitante de outras penas já previstas em lei. Confira-se:

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).

Parágrafo único. À hipótese prevista no caput deste artigo não se aplica o disposto no [art. 81 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996](#).

O entendimento jurisprudencial consolidado no egrégio Superior Tribunal de Justiça e nesta egrégia Corte, é no sentido de que o subfaturamento ou a interposição fraudulenta de terceiros, por si sós, não justificam seja aplicada a pena de perdimento, como se vê dos julgados abaixo transcritos:

TRIBUTÁRIO. DIREITO ADUANEIRO. DECLARAÇÃO DE IMPORTAÇÃO. SUBFATURAMENTO DO VALOR DA MERCADORIA. PENA DE PERDIMENTO. DESCABIMENTO. APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ART. 108, PARÁGRAFO ÚNICO, DO DECRETO-LEI Nº 37/66. CRITÉRIO DA ESPECIALIDADE DA NORMA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. CONSIDERAÇÃO.

1. A falsidade ideológica consistente no subfaturamento do valor da mercadoria na declaração de importação dá ensejo à aplicação da multa prevista no art. 105, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 37/66, que equivale a 100% do valor do bem, e não à pena de perdimento do art. 105, VI, daquele mesmo diploma legal.

2. Interpretação harmônica com o art. 112, IV, do CTN, bem como com os princípios da especialidade da norma, da razoabilidade e da proporcionalidade. Precedentes. 3. Recurso especial da Fazenda Nacional a que se nega provimento.

(RESP 201001983971, SÉRGIO KUKINA, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:01/10/2015)

TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. FISCALIZAÇÃO ADUANEIRA. INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES PUNÍVEIS COM PENA DE PERDIMENTO. LIBERAÇÃO DE MERCADORIAS. PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO EM DINHEIRO. POSSIBILIDADE.

1. Trata-se, na origem, de Ação Mandamental em face da União objetivando a liberação de mercadoria retida mediante caução em dinheiro, em decorrência de Procedimento Especial de Fiscalização nos termos da IN RFB 1.169/2011, tendo em vista suspeita de interposição fraudulenta de terceiros na operação.

(...)

3. O artigo 68 da Medida Provisória 2.158-35/2001 disciplina a hipótese de retenção da mercadoria quando há indícios de infração punível com a pena

de perdimento, devendo a Receita Federal do Brasil dispor sobre o prazo máximo de retenção.

4. O artigo 80, inciso II, da Medida Provisória 2.158/2001 expressamente enumera a prestação de garantia como uma medida de cautela fiscal que poderá ser usada pela Secretaria da Receita Federal.

5. O artigo 7º da IN 228/2002, ao regulamentar a Medida Provisória 2.158-35/2001, prevê que, enquanto não comprovada a condição de real adquirente ou vendedor, o desembaraço ou a entrega das mercadorias na importação fica condicionado à prestação de garantia, até a conclusão do procedimento especial.

6. De outro giro, a IN RFB 1.169/2011 estabelece procedimentos especiais de controle, na importação ou na exportação de bens e mercadorias, diante de suspeita de irregularidade punível com a pena de perdimento, sem, no entanto, regulamentar as hipóteses de liberação da mercadoria antes do término do procedimento de fiscalização, conforme determina o art. 68, parágrafo único, da Medida Provisória 2.158-35/2001.

7. Desse modo, verifica-se que é cabível a liberação das mercadorias importadas quando há prestação de caução em dinheiro, visto que a exigência da garantia é forma de preservar a efetividade da aplicação da pena de perdimento.

8. Mesmo porque, por expressa determinação legal (art. 68, parágrafo único c/c art. 80 da Medida Provisória 2.158-35/2001), o legislador previu a liberação de mercadoria retida quando submetida a Procedimento Especial de Controle, devendo a Autoridade Fiscal Aduaneira ter estabelecido as hipóteses de liberação de mercadoria antes do término do procedimento de fiscalização, mediante a adoção de medidas de cautela fiscal, fazendo prevalecer, na omissão da IN RFB 1.169/2011, a disposição contida na IN SRF 228/2002.

9. Cumpre ressaltar que a IN SRF 228/2002 já foi considerada válida pelo Superior Tribunal de Justiça, em hipótese análoga à dos autos, quando do julgamento do REsp. 1.105.931, Rel. Min. Mauro Campbell, DJe 10.2.2011

*10. Recurso Especial não provido.
(RESP 201500994248, HERMAN BENJAMIN - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:30/06/2015)*

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. ILÍCITO FISCAL. FALSIDADE NA IMPORTAÇÃO. SUSPEITA DE SUBFATURAMENTO. APREENSÃO DE MERCADORIAS. IMPOSSIBILIDADE.

1. Não se justifica a apreensão de mercadorias importadas por suspeita de subfaturamento, já que a penalidade prevista nesses casos é multa (Decreto-Lei nº 37/66, art. 108). Inexiste comprovação do alegado subfaturamento.

2. Embargos declaratórios da União/ré providos sem efeito infringente.

(EDAC 0014032-15.2009.4.01.3400/DF, Rel. Desembargador Federal NOVÉLY VILANOVA, OITAVA TURMA, e-DJF1 p.1056 de 25/04/2014).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - DESEMBARAÇO ADUANEIRO - DECLARAÇÃO DE IMPORTAÇÃO - PENA DE PÉRDIMENTO POR SUBFATURAMENTO - DESCABIMENTO.

(...)

3. Como visto, às fls. 163/182, conforme a descrição exposta no Auto de Infração nº 0920600/00942/09, a Fazenda Nacional destaca que: "o valor dos bens importados foram declarados por USD 3.585,60, valor este muito abaixo ao custo de sua própria matéria prima, que é de USD 6.956,61."

4. A declaração inexata do valor da mercadoria com o deliberado intuito de recolher imposto a menor (subfaturamento) constitui conduta descrita no art. 108 do Decreto-Lei 37/1966 e, por si só, não admite a imposição de pena de perdimento, mas unicamente a de multa (REsp 1240005/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/09/2013, DJe 17/09/2013; AgRg no REsp 1341312/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/11/2012, DJe 08/03/2013; REsp 1217708/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe 08/02/2011).

5. O art. 33 da Lei 11.488/2997 estabeleceu pena mais branda (multa) para a interposição fraudulenta de terceiros, sem ressaltar a possibilidade de aplicação concomitante de outras penas já previstas em lei. Assim sendo, não se justifica mais a decretação do perdimento do bem unicamente com base nesse fundamento. (AC 0015301-26.2008.4.01.3400/DF, Rel. Desembargadora Federal MARIA DO CARMO CARDOSO, OITAVA TURMA, e-DJF1 p.1190 de 28/03/2014; REsp 1144751/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 15/03/2011)

6. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, não providas. Sentença mantida.

(AC 0015305-29.2009.4.01.3400 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL REYNALDO FONSECA, SÉTIMA TURMA, e-DJF1 p.522 de 07/11/2014)

Considerando que a mercadoria objeto da controvérsia é lícita, não vislumbro, *prima facie*, óbice para a sua liberação, mediante o depósito de caução, em espécie, no valor aferido pela autoridade administrativa, o que bem atende ao princípio da equidade e da razoabilidade.

O perigo de dano irreparável ou de difícil reparação reside no perecimento do bem, corroborado, ainda, pelos custos relacionados à sua guarda e manutenção, bem como o risco de que se efetive o leilão, antes que seja finalizado o processo administrativo.

Ante o exposto, presentes, na espécie, os pressupostos que ensejam o deferimento da medida acautelatória requerida, com fundamento nos artigos 294 e 300, c/c o art. 1.019, inc. I, do NCPC, **DEFIRO, EM PARTE, A TUTELA DE URGÊNCIA**, para determinar a liberação da aeronave constante da DI nº 10/0688824-3, mediante **CAUÇÃO em espécie**, no valor aferido pela autoridade administrativa, acrescido da multa prevista no art. 108, parágrafo único, do DL nº 37/66, para que seja restituída a posse à agravante, como fiel depositária até o julgamento do presente agravo de instrumento, cuidando o MM. Juízo de primeiro grau das diligências decorrentes.

Comunique-se ao Juízo *a quo*.

Publique-se. Intimem-se.

Vista à agravada para contrarrazões.

Após, à conclusão.

Brasília, 01 de março de 2017.

DESEMBARGADOR FEDERAL HERCULES FAJOSES
Relator