



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 10783.000030/98-14
Recurso nº : 125.341
Acórdão nº : 201-79.148

2.ª	PUBLICADO NO D. O. U.
C	D. 15/02/2007
C	004.
	Rubrica

Recorrente : FRANCHI - REPRESENTAÇÕES IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.
Recorrida : DRJ em Curitiba - PR

NORMAS PROCESSUAIS. DEPÓSITO RECURSAL. SENTENÇA JUDICIAL FAVORÁVEL AO RECORRENTE. EFEITOS.

A sentença proferida favoravelmente ao recorrente em sede de Mandado de Segurança, não sujeita a efeito suspensivo, autoriza o conhecimento do recurso.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI.

Descabe, no âmbito do processo administrativo fiscal, discussão a respeito de inconstitucionalidade de lei.

PIS. DECRETOS-LEIS NºS 2.445 E 2.449, DE 1988. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO. LEI COMPLEMENTAR Nº 7, DE 1970. VIGÊNCIA. REPRISTINAÇÃO. INEXISTÊNCIA.

A vigência de legislação revogada por lei declarada inconstitucional decorre dos efeitos *erga omnes* e *ex tunc* da suspensão de sua execução e não se confunde com a figura jurídica da repristinação.

LC Nº 7, DE 1970. RECEPÇÃO CONSTITUCIONAL. COBRANÇA DO TRIBUTO. REGULAMENTAÇÃO.

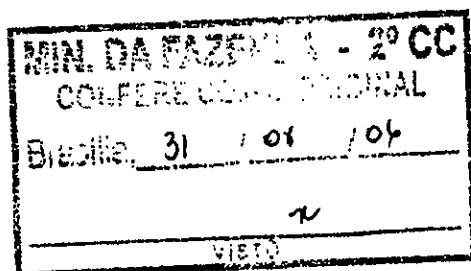
O PIS/Pasep foi expressamente recepcionado pela Constituição de 1988, art. 239. Inexiste necessidade de regulamentação, para efeito de cobrança de tributo, da lei que o tenha instituído nos termos das existências constitucionais.

BASE DE CÁLCULO. ICMS. EXCLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE.

O ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS.

IMPORTAÇÃO POR CONTA E ORDEM DE TERCEIROS. PROVA.

Somente se considera a importação efetuada por conta e ordem de terceiros aquela em relação à qual se demonstre a existência prévia de contrato de prestação de serviços, o regular pagamento pelos serviços prestados, de acordo com o estabelecido em contato, e o registro contábil adequado a tais transações.

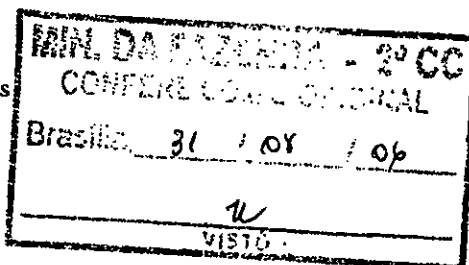


7 jul



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10783.000030/98-14
Recurso nº : 125.341
Acórdão nº : 201-79.148



**NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO.
CONDUTAS RELACIONADAS À RESPONSABILIZAÇÃO
DO SÓCIO E A EMBARAÇOS À FISCALIZAÇÃO. MULTA
AGRAVADA. DESCABIMENTO.**

O agravamento da multa de ofício proporcional somente é cabível relativamente a condutas do sujeito passivo relacionadas à apuração da ocorrência do fato gerador e ao montante do tributo devido.

Recurso provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por **FRANCHI - REPRESENTAÇÕES IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.**

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso para desqualificar a multa, nos termos do voto do Relator.**

Sala das Sessões, em 28 de março de 2006.

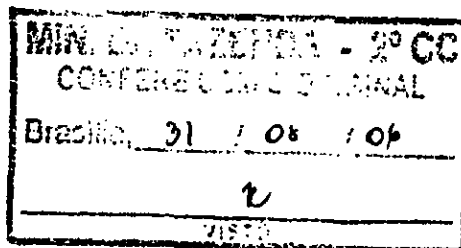
Josefa Maria Coelho Marques
Josefa Maria Coelho Marques
Presidente

José Antonio Francisco
José Antonio Francisco
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Walber José da Silva, Antonio Mario de Abreu Pinto, Maurício Taveira e Silva, Sérgio Gomes Velloso, Gustavo Vieira de Melo Monteiro e Rogério Gustavo Dreyer.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



2ª CC-MF
FL.

Processo nº : 10783.000030/98-14
Recurso nº : 125.341
Acórdão nº : 201-79.148

Recorrente : **FRANCHI - REPRESENTAÇÕES IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.**

RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário (fls. 289 a 308) apresentado contra o Acórdão da DRJ em Curitiba - PR (fls. 266 a 280), que manteve parcialmente o lançamento do PIS, relativamente aos períodos de apuração de abril de 1992 a julho de 1997, nos seguintes termos:

"Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/01/1992 a 28/02/1997, 01/04/1997 a 31/07/1997

Ementa: NULIDADE. PRESSUPOSTOS.

Ensejam a nulidade apenas os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

SAÍDAS DE MERCADORIAS. EMPRESA BENEFICIÁRIA DO FUNDAP. OPERAÇÕES DE VENDA. INCIDÊNCIA.

As receitas decorrentes de saídas de mercadorias importadas por empresas fundapianas, por caracterizarem operações de venda, integram o faturamento sujeito à incidência da contribuição para o PIS.

JULGAMENTO ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA.

Compete à autoridade administrativa de julgamento a análise da conformidade da atividade de lançamento com as normas vigentes, às quais não se pode, em âmbito administrativo, negar validade sob o argumento de inconstitucionalidade.

BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. IMPOSSIBILIDADE.

O ICMS integra a receita bruta da empresa e, não havendo dispositivo legal que assim determine, não pode ser excluído da base de cálculo da contribuição para o PIS.

ERRO MANIFESTO. CANCELAMENTO.

Constatado erro manifesto de digitação na lavratura do auto de infração, cancela-se parcialmente a exigência relativa ao período de apuração de fevereiro de 1997.

CANCELAMENTO. IN SRF Nº 6, DE 2000.

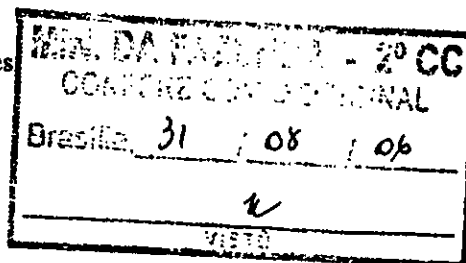
Cancela-se a exigência da contribuição para o PIS dos períodos de apuração de novembro de 1995 a fevereiro de 1996 constituída com base nas Medidas Provisórias nºs 1.212 e 1.249, e reedições.

Lançamento Procedente em Parte".

A Fiscalização, no relatório de fls. 185 a 193, descreveu os fatos e as razões da autuação.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



2ª CC-MF
Fl. _____

Processo nº : 10783.000030/98-14
Recurso nº : 125.341
Acórdão nº : 201-79.148

Segundo a Fiscalização, o responsável pela empresa, que operava no comércio atacadista de outros produtos alimentícios não especificados (CNAE-Fiscal), perante a Secretaria da Receita Federal seria o Sr. Walter Francisco Lopes.

Segundo a 14ª alteração contratual, o citado responsável deteria 99% das cotas, sendo que o restante 1% pertenceria a pessoa omissa em relação à apresentação da Declaração do Imposto de Renda de Pessoa Física.

Em pesquisa aos sistemas informatizados, constatou-se que a empresa deixou de recolher a Cofins e o PIS no período de janeiro de 1992 a julho de 1997.

Consulta ao sistema Siscomex, entretanto, revelou que a interessada operava normalmente no ramo de importações de produtos alimentícios, realizando operações em vários portos do País, mas deixando de apresentar as DCTF dos últimos cinco anos.

Visita à sede da empresa revelou que estava fechada, tendo a portaria do prédio informado ao agente fiscal o telefone do contador indicado na Declaração de Imposto de Renda relativa ao ano-calendário de 1995, que informou ser o Sr. Walter Francisco Lopes o responsável pela empresa.

Após intimação, o responsável compareceu à Delegacia da Receita Federal em Vitória - ES, tendo tomado ciência do Termo de Início de Ação Fiscal.

Confronto com o livro Registro de Saídas demonstrou que várias notas fiscais emitidas no período não haviam sido registradas. O contador e o responsável foram intimados a apresentar relação de notas fiscais emitidas e canceladas, mas não atenderam a Fiscalização.

O Sr. Walter Francisco Lopes, por sua vez, apresentou alteração contratual relativa à venda de sua participação na empresa. Consulta à Jucesp revelou que a alteração teria sido assinada em 20 de dezembro de 1996 e somente registrada em 4 de junho de 1997.

Foi então intimado o responsável a apresentar os contratos e comprovantes do recebimento dos valores relativos à alienação, bem assim os registros contábeis, recibos de transferência dos acervos da empresa, comprovantes da locação ou propriedade da sala indicada como sede da empresa e a quantidade de funcionários que a empresa empregaria.

O intimado solicitou prorrogação de prazo para atendimento da intimação, mas não havia respondido à Fiscalização até a data de lavratura do relatório.

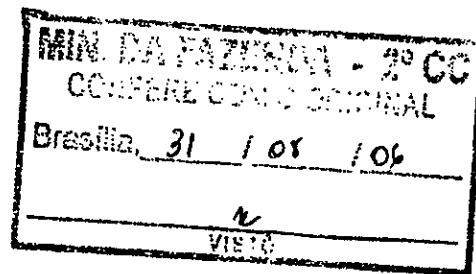
A alteração indicava a transferência integral das cotas dos dois sócios para os Srs. Romildo Dias e Marcos Mendes da Silva. Segundo a Fiscalização, pelas razões a seguir reproduzidas, a transferência teria sido efetuada a "laranjas", com o objetivo de evitar a responsabilidade pelo pagamento dos tributos.

A Fiscalização não conseguiu localizar o novo sócio Romildo Dias, mas intimou com sucesso o Sr. Marcos Mendes da Silva, que compareceu à repartição, assinando termo em que afirma: ser empregado de empresa de comissaria aérea, desde outubro de 1995; ter cursado até o segundo ano do segundo grau; nunca ter apresentado Declaração do Imposto de Renda, em face de receber cerca de R\$ 180,00 de salário mensal; não possuir imóvel; nunca ter sido comerciante; desconhecer os trâmites de despachos aduaneiros; nunca haver trabalhado com câmbio; não conhecer a empresa interessada; reconhecer como suas as assinaturas constantes da alteração contratual de dezembro de 1996, mas a ter assinado a mando de um conhecido,



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10783.000030/98-14
Recurso nº : 125.341
Acórdão nº : 201-79.148



2ª CC-MF
Fl.

pensando tratar-se de testemunha para registro de firma, tendo recebido R\$ 200,00 para tanto; não saber onde funciona a empresa, nem quantos funcionários têm.

Carta encaminhada à Fiscalização pela empresa de comissaria aérea confirmou ser o sr. Marcos seu empregado.

A Fiscalização ainda verificou que o Sr. Walter Francisco Lopes era sócio de outra empresa, a Khamel Representações, Importação e Exportação Ltda., com 99% de participação. O outro sócio da interessada, Sr. Valter Fonseca Duque, também era sócio dessa outra empresa.

A empresa operaria no mesmo ramo de atividade da Franchi e também seria inadimplente em relação à Cofins e ao PIS. O já relatado telefone fornecido pelo contador à Fiscalização pertenceria a Khamel.

Para demonstrar que o Sr. Walter Francisco Lopes ainda seria o responsável pela Franchi, a Fiscalização juntou aos autos procuração por ele emitida a despachantes aduaneiros, assinadas em período posterior ao da assinatura da alteração contratual.

Relatou, ainda, que requereu esclarecimentos do substabelecido numa das procurações, tendo obtido as informações de que o despachante aduaneiro indicado na procuração foi quem tomou as providências em relação ao despacho e, posteriormente, encaminhou a documentação necessária à emissão de nota fiscal de entrada ao contador da empresa.

Quanto à sede da empresa, a Fiscalização tomou depoimento da Sra. Rosemary de Oliveira, responsável pela portaria, que informou que a empresa alugava a sala n. 5, tendo entregue o último cheque para pagamento em 1º de novembro de 1997 e que os cheques eram assinados pelo contador, que também recebia as correspondências da empresa.

A Sra. Marcele Miranda Martins, responsável pelos contratos e pelo recebimento dos aluguéis, confirmou as informações do parágrafo anterior e ainda esclareceu que os cheques, emitidos em nome da empresa, seriam nominais a ela. Apresentou dois contratos de locação, acompanhados de cópia da carteira de identidade, do CPF, de conta de energia elétrica e de cópia de Declaração do Imposto de Renda do Sr. Walter Francisco Lopes.

Quanto ao contador, Sr. Tharzan João Fernandes Cayres, informou que preparou as declarações dos anos-calendário de 1992 a 1995; que os livros Diário de 1992 e 1993 estariam encadernados, mas sem registro; que o Lalur estaria apenas rascunhado; que estaria providenciando a regularização contábil, em função de um contrato com o Sr. Walter Francisco Lopes; que recebia as correspondências da Franchi e as encaminhava à Poty Ind. de Alimentos S/A; que remeteu cheques da Franchi para pagamentos de aluguel até o mês de agosto de 1997, aproximadamente; que teria conhecimento de que o Sr. Valter vendera a empresa, mas que não conheceria os novos sócios.

Concluiu a Fiscalização que o Sr. Walter Francisco Lopes manteve a sala alugada até 1º de novembro de 1997 e que teria remetido os cheques dos aluguéis de São Paulo para o contador efetuar o pagamento.

Destacou, ainda, que o Sr. Valter era sócio da empresa para a qual o contador encaminhava as correspondências recebidas da Franchi e que o contador continuava a preparar a

[Assinaturas manuscritas]



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10783.000030/98-14
Recurso nº : 125.341
Acórdão nº : 201-79.148

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONSELHO DE CONTRIBUINTES
Brasília, 31 / 08 / 06
VISTO

2º CC-MF
Fl.

contabilidade da empresa, tendo apresentado o livro Registro de Saídas até o mês de julho de 1997.

As conclusões gerais da Fiscalização foram de que o responsável pela empresa ainda seria o Sr. Walter Francisco Lopes, que teria tentado transferir a sua participação com o intuito de eximir-se de responsabilidade, sendo cabível o lançamento da contribuição devida no período, com multa qualificada, em face dos fatos praticados com infração à lei tributária.

Após recebida a impugnação apresentada pela empresa, a DRJ em Curitiba - PR, inicialmente, aprovou uma resolução (fls. 233 e seguintes) requerendo a descrição da conduta específica que teria dado origem à qualificação da multa e os dispositivos legais relativos ao seu enquadramento. A Fiscalização respondeu afirmando que o fato de tentar transferir a empresa para pessoas que não conheciam a realidade dos fatos e que não poderiam cumprir a obrigação tributária principal representaria evidente intuito de fraude. Houve posterior manifestação da empresa.

Em seu recurso alegou a interessada que celebrou contrato de intermediação de importação com as empresas Khamel Representações, Importação e Exportação Ltda. e Franchi Indústria, Importação e Exportação Ltda., no âmbito do sistema Fundap.

Alegou, ainda, que, ao enviar o produto das importações relativas aos contratos, emitiu incorretamente notas fiscais de vendas, em vez das de simples remessas.

A seguir, passou a discorrer sobre o sistema Fundap e a Nota Cosit/Cotex/Dicof nº 579, de 25 de agosto de 2000, segundo a qual as fundapeanas não são contribuintes de PIS e Cofins, relativamente às exportações efetuadas no âmbito do sistema.

Tratou, também, da inexistência de previsão legal para exigência do PIS, em face do princípio da "não repristinação", da inexistência de regulamentação do PIS em face da inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449, de 1988, da não recepção pela Constituição Federal de 1988 da LC nº 7, de 1970, da exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição e da inconstitucionalidade e ilegalidade da imposição da multa em percentual de 150% da contribuição devida.

A interessada não apresentou o arrolamento de bens, o que motivou a intimação de fl. 311, em resposta ao qual foi apresentado o documento de fl. 312, indicando como valor predominante apólices da dívida pública da "Província do Rio de Janeiro".

Nas fls. 338 e 339 o Delegado da Receita Federal negou seguimento ao recurso voluntário, por falta de depósito, segundo a legislação que vigia à época da apresentação do recurso. Os autos foram encaminhados para dívida ativa.

Entretanto, a interessada ingressou com Mandado de Segurança contra o ato do Delegado da Receita Federal (fls. 348 a 358, 442 a 457), obtendo liminar favorável. A Procuradoria apresentou Agravo de Instrumento (fls. 442 e seguintes), não tendo obtido sucesso de imediato, o que determinou o encaminhamento do recurso.

7 Jan



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN. DA FAZENDA - 2º CC
CONF. CC - 1ª DIV. FISCAL
Brasília, 31 / 07 / 04
VISTO

2º CC-MF
FL.

Processo nº : 10783.000030/98-14
Recurso nº : 125.341
Acórdão nº : 201-79.148

Por meio da Resolução nº 201-00.419 (fls. 474 a 482), de 12 de maio de 2004, esta 1ª Câmara aprovou diligência para que a Fiscalização informasse, colhendo provas, se as mercadorias em questão pertenceram apenas às empresas encomendantes ou se chegaram a pertencer à interessada e se as notas fiscais de saída (anexos I a III) corresponderiam ao valor constante da nota fiscal de entrada, acrescido dos tributos incidentes na importação.

No atendimento da diligência, a Fiscalização juntou aos autos a documentação constante dos volumes II a XIII, relatando o resultado da diligência nas fls. 2.717 a 2.726.

Segundo a Fiscalização, após intimação inicial, o atual contador da empresa requereu prorrogação de prazo, no que foi atendido.

A documentação apresentada pela empresa levou às seguintes conclusões: a interessada assinou contratos de importação por conta e ordem com as empresas Khamel Representações, Importação e Exportação Ltda. e Franchi Indústria, Importação e Exportação Ltda.; os livros Diário registram, no período analisado, as operações realizadas com as empresas citadas; os documentos são emitidos em nome da interessada; as notas fiscais de entrada foram emitidas com o valor FOB; os valores das notas fiscais de saída não correspondem ao valor constante da nota fiscal de entrada acrescido dos tributos incidentes na importação.

Segundo a Fiscalização, a interessada teria justificado a divergência pela alegação de que o valor da nota fiscal de saída seria uma estimativa do valor total a ser desembolsado pela consignada. Ademais, o "processo inflacionário" teria influência sobre a avaliação, mas não teria havido, em momento algum, lucro nas operações.

Esclareceu a Fiscalização que, segundo os contratos celebrados, as notas fiscais que acompanhariam a mercadoria até o estabelecimento da contratante seriam de simples remessas e a contratante (no caso a Khamel) deveria disponibilizar recursos à interessada na medida em que fossem vencendo as obrigações assumidas. Ademais, foi verificado que, nas datas das liquidações de câmbio, houve créditos de valores na conta da interessada por conta da Khamel, embora os valores e as datas não coincidissem com os registros no Diário, e tenha ressaltado a interessada que *"a transferência de numerários era, única e exclusivamente, cumprir as obrigações assumidas pela Consignada (Franchi) em nome da Consignatária (Khamel) nas efetivas datas das obrigações"*.

Quanto às notas fiscais, após a entrada em vigor da IN SRF nº 98, de 7 de janeiro de 2002, a interessada teria emitido notas fiscais de serviços, relativamente aos serviços de importação por conta e ordem. Alegou que, antes da IN, entretanto, não haveria tal previsão.

Por fim, relatou que houve ingressos na conta corrente da Franchi coincidentes com as liquidações de câmbio, indicando que as importações eram realizadas com capital de terceiros.

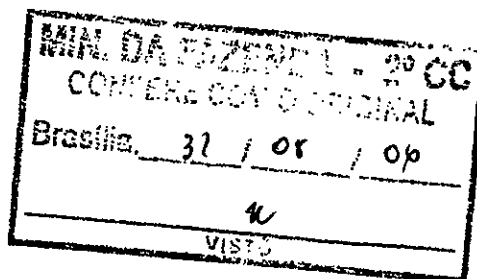
Aberto o prazo para manifestação, nada apresentou a interessada.

É o relatório.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10783.000030/98-14
Recurso nº : 125.341
Acórdão nº : 201-79.148



2ª CC-MF
Fl.

**VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
JOSÉ ANTONIO FRANCISCO**

Foram juntados aos autos do Processo nº 10783.000029/98-35 (Cofins) os extratos do sistema de acompanhamento processual do Tribunal Regional Federal da 2ª Região de fls. 2.690 a 2.696. Deixaram-se de juntar cópias ao presente processo, pelo fato de o julgamento ser concomitante.

A autoridade fiscal de origem negou, inicialmente, o seguimento do recurso, por entender que a interessada não cumprira a disposição da legislação vigente à época da apresentação do recurso, relativamente ao depósito de 30% do valor do crédito tributário atualizado.

No Mandado de Segurança alegou a interessada que seria inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento para seguimento do recurso, que a exigência somente poderia ser efetuada por meio de lei complementar, que a lei instituidora da garantia feriria disposições do CTN e que a decisão da autoridade fiscal teria sido imotivada. Ademais, alegou que, mesmo tendo efetuado arrolamento de bens, a autoridade negou o seguimento do recurso.

A decisão judicial de mérito permitiu que o recurso seguisse independentemente de depósito de 30%. No relatório destacou o magistrado que a impetrante alegava que, embora tivesse apresentado arrolamento, o seguimento do recurso foi negado, porque, à época da apresentação do recurso, não haveria previsão legal para o arrolamento.

O arrolamento e o recurso foram interpostos em 6 de setembro de 2001, com complementação do arrolamento em 13 de setembro. O despacho que negou o seguimento do recurso foi de 22 de agosto de 2002.

A União apresentou dois agravos. O primeiro (2002.02.01.048709-1), em 4 de dezembro de 2002, contra os efeitos da medida liminar obtida pela recorrente.

Esse agravo apresentado transitou em julgado em 1º de abril de 2004, sendo que a resolução foi aprovada por esta 1ª Câmara em 12 de maio de 2004.

Segundo o que se lê do relatório da resolução, a eminente Relatora desconhecia, em face da instrução processual, a existência do agravo já transitado em julgado.

Note-se que a liminar concedida em sede de agravo e a decisão definitiva adotaram como razão da concessão do efeito suspensivo o fato de que a exigência de depósito não seria inconstitucional, omitindo-se em relação ao arrolamento e às demais alegações apresentadas no Mandado de Segurança, algumas delas já dadas como superadas pela própria DRF. Assim, a decisão judicial seria compatível com o despacho da autoridade de origem, que considerou necessário o depósito, segundo a legislação vigente à época da apresentação do recurso. Nos embargos de declaração apresentados no âmbito do agravo, a interessada não conseguiu reverter tal situação.

Entretanto, a recorrente também obteve êxito no julgamento do mérito da ação, sobrevivendo a sentença. A apelação apresentada em Mandado de Segurança, entretanto, não tem



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN. DA FAZENDA - 2ª CC	
CONF. COM. ORIGINAL	
Brasília, 31 / 08 / 04	
2	
VISTO	

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 10783.000030/98-14
Recurso nº : 125.341
Acórdão nº : 201-79.148

efeito suspensivo, conforme ressaltado no próprio despacho do Juiz, que recebeu a apelação da União.

Para conferir efeito suspensivo ativo à apelação, a União apresentou outro agravo (2004.02.01.010751-5), que ainda não foi apreciado pelo Relator.

Cabe ao Judiciário, portanto, dizer se é necessário o depósito e, decidindo que o arrolamento é suficiente, se o despacho da autoridade de origem é ou não ilegal.

Entretanto, no momento atual, a recorrente tem sentença de primeira instância a seu favor, não sujeita a efeito suspensivo, razão pela qual deve-se tomar conhecimento do recurso administrativo.

Passa-se ao exame do mérito do recurso.

Quanto à inexistência de previsão legal para exigência do PIS, em face do princípio da "não repristinação", descabe razão à recorrente. A repristinação ocorre quando uma lei revoga a anterior e, pelo simples efeito da revogação da nova lei, aquela lei anterior ganha nova vigência.

Tal efeito, entretanto, inexistente no direito nacional, uma vez que a renovação da vigência da lei anterior revogada depende de expressa disposição de lei, conforme art. 2º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942):

"§ 3º - Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência."

Não é o que ocorreu com o PIS.

No caso, a suspensão da execução dos decretos-leis considerados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal foi procedida por meio de resolução do Senado Federal, que tem efeitos *erga omnes e ex tunc*.

Dessa forma, decorre da referida resolução que, desde a origem, os referidos decretos-leis não poderiam ser aplicados, o que abrange a revogação tácita ou expressa da legislação anterior.

Portanto, a Lei Complementar nº 7, de 1970, deve ser considerada como se nunca houvesse sido revogada.

No tocante à inexistência de regulamentação do PIS em face da inconstitucionalidade dos referidos decretos-leis de 1988, também descabe razão à interessada. A regulamentação, por meio de decreto, não é condição necessária para a exigência de tributos, especialmente quando todas as regras de sua incidência estejam presentes na lei que os tenha instituído.

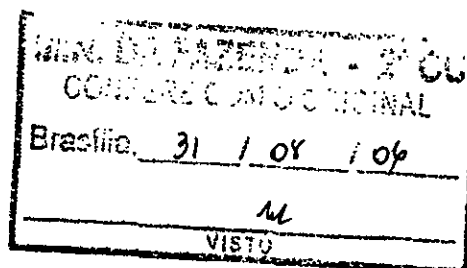
A Constituição Federal de 1988, ao contrário do alegado pela recorrente, recepcionou o PIS/Pasep, conforme demonstra o seu art. 239.

Quanto à exclusão do ICMS, descabe razão à interessada. Conforme ressaltado no Acórdão de primeira instância, a definição legal de receita bruta comporta a inclusão do ICMS, de forma que não é possível a exclusão. A matéria é pacífica no Judiciário e nos Conselhos de Contribuintes, conforme mencionou o Acórdão objeto do recurso.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10783.000030/98-14
Recurso nº : 125.341
Acórdão nº : 201-79.148



2º CC-MF
Fl.

No caso do IPI, há expressa previsão legal para a exclusão, o que não ocorre com o ICMS. Ademais, o ICMS incide por dentro da base de cálculo, incluindo-se no preço do produto.

Quanto à multa, em face das disposições do art. 22A do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, descabe a apreciação, em sede de processo administrativo, de questões que versem sobre inconstitucionalidade de lei, enquanto não houver decisões judiciais a respeito da matéria, cuja aplicação administrativa tenha sido autorizada.

É o caso da alegação de que a multa seria confiscatória, matéria essa que não deve ser objeto de decisão administrativa, muito embora se deva ressaltar que o princípio da vedação ao confisco refere-se a tributos e não a penalidades, que são, por sua própria natureza, confiscatórias.

Passa-se ao exame da questão central do recurso, relativa à alegação da recorrente de que as saídas referir-se-iam a simples remessa de mercadorias de terceiros, importados sob consignação no regime do Fundap.

O regime de importação por consignação no âmbito do Fundap foi reconhecido expressamente pela Secretaria da Receita Federal com a Instrução Normativa SRF nº 75, de 2001, que, no entanto, exigiu, para comprovação da realidade dos fatos, as seguintes condições:

1. existência de contratos prévios: os contratos devem ser registrados em cartório, devendo haver previsão de remuneração pela prestação dos serviços;
2. os registros contábeis e fiscais devem evidenciar que se trata de mercadorias de terceiros; e
3. a nota fiscal de saída da mercadoria do estabelecimento importador deverá ser emitida pelo mesmo valor constante da nota fiscal de entrada, acrescido dos tributos incidentes na importação.

Essa instrução normativa foi revogada pela IN SRF nº 247, de 2002, que, em seus arts. 12 e 86, dispôs da seguinte forma:

"Art. 12. Na hipótese de importação efetuada por pessoa jurídica importadora, por conta e ordem de terceiros, a receita bruta para efeito de incidência destas contribuições corresponde ao valor da receita bruta auferida com:

I - os serviços prestados ao adquirente, na hipótese da pessoa jurídica importadora; e

II - da receita auferida com a comercialização da mercadoria importada, na hipótese do adquirente.

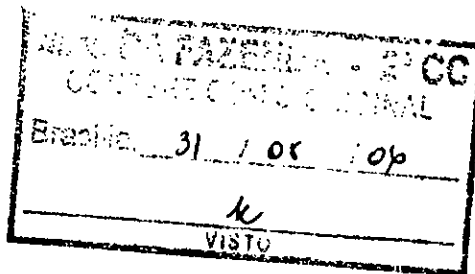
§ 1º Para os efeitos deste artigo:

I - entende-se por importador por conta e ordem de terceiros a pessoa jurídica que promover, em seu nome, o despacho aduaneiro de importação de mercadoria adquirida por outra, em razão de contrato previamente firmado, que poderá compreender, ainda, a prestação de outros serviços relacionados com a transação comercial, como a realização de cotação de preços e a intermediação comercial;

II - entende-se por adquirente a pessoa jurídica encomendante da mercadoria importada;



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 10783.000030/98-14
Recurso nº : 125.341
Acórdão nº : 201-79.148

III - a operação de comércio exterior realizada mediante a utilização de recursos de terceiros presume-se por conta e ordem destes; e

IV - o importador e o adquirente devem observar o disposto na Instrução Normativa SRF nº 225, de 18 de outubro de 2002.

§ 2º As normas de incidência aplicáveis à receita bruta de importador, aplicam-se à receita do adquirente, quando decorrente da venda de mercadoria importada na forma deste artigo.

Art. 86. O disposto no art. 12 aplica-se, exclusivamente, às operações de importação que atendam, cumulativamente, aos seguintes requisitos:

I - contrato prévio entre a pessoa jurídica importadora e o adquirente por encomenda, caracterizando a operação por conta e ordem de terceiros;

II - os registros fiscais e contábeis da pessoa jurídica importadora deverão evidenciar que se trata de mercadoria de propriedade de terceiros; e

III - a nota fiscal de saída da mercadoria do estabelecimento importador deverá ser emitida pelo mesmo valor constante da nota fiscal de entrada, acrescido dos tributos incidentes na importação.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, o documento referido no inciso III do caput não caracteriza operação de compra e venda.

§ 2º A importação e a saída, do estabelecimento importador, de mercadorias em desacordo com o disposto neste artigo caracteriza compra e venda, sujeita à incidência das contribuições com base no valor da operação."

A IN SRF nº 225, de 2002, mencionada acima, estabeleceu "requisitos e condições para a atuação de pessoa jurídica importadora em operações procedidas por conta e ordem de terceiros".

As disposições da IN acima citada, no entanto, não são aplicáveis retroativamente, por terem estabelecido procedimentos e registros específicos relativamente à importação.

Entretanto, considerando as peculiaridades dos contratos de importação por consignação e dos de compra-e-venda, é necessário analisar cada uma das condições estabelecidas pelo art. 2º da IN SRF nº 75, de 2001, e do art. 86 da IN SRF nº 247, de 2002.

A existência de prévio contrato, obviamente, é condição essencial à comprovação da consignação.

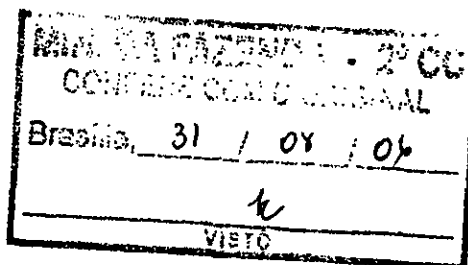
No caso, como se trata de prestação de serviços, o contrato, para ser válido, à luz das disposições do Código Civil, deve conter os requisitos que são próprios dos contratos onerosos (arts. 594 e 597 do atual Código e 1.216 e 1.219 do Código anterior).

No presente caso, além de não haver previsão específica sobre a comissão da importadora, sequer foram emitidas notas fiscais de prestação de serviço, nem demonstrado que a importadora foi efetivamente remunerada pelos serviços prestados.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10783.000030/98-14
Recurso nº : 125.341
Acórdão nº : 201-79.148



2ª CC-MF
Fl. _____

As segunda e terceira condições foram objeto da diligência.

Relativamente à segunda condição, o registro contábil é prova relativa à propriedade das mercadorias importadas.

Sua exigência decorre de que a existência do contrato prévio não é prova suficiente de que as mercadorias posteriormente importadas façam todas elas parte daquele contrato. É preciso saber se, individualmente, cada mercadoria importada pertence à importadora ou ao encomendante.

Segundo o que constou dos autos, os registros do diário indicam reconhecimento como faturamento próprio (ex.: fl. 2.550), com apuração de PIS e Cofins pelo valor faturado total.

A exigência de que os valores das notas de saídas sejam iguais aos das notas de entradas, mais os tributos devidos na importação, refere-se à coerência da operação, o que também não se verificou ter ocorrido no presente caso.

Em resumo, as disposições das IN não instituem condições legais específicas para que as operações sejam válidas, mas apenas elencam as condições que, segundo as normas do direito, normalmente seriam satisfeitas, no caso de operações regulares.

Portanto, o entendimento de que somente com a satisfação das condições previstas nas IN é que se considera demonstrado que as importações foram efetivamente efetuadas sob consignação é acertado e não pressupõe que se tratam de condições não impostas por lei.

No caso do Fundap, ademais, não podem pairar dúvidas sobre a regularidade dos contratos, uma vez que, como se sabe (trata-se de matéria notória), não é incomum a formação de empresas de "fachada" com o objetivo de obter as vantagens fiscais e financeiras permitidas pela legislação do Estado do Espírito Santo.

No presente caso, por um lado, poder-se-ia afirmar que a confirmação dos pagamentos pela prestação de serviços poderia ter sido negligenciada pelas partes, uma vez que havia sócios em comum. Ademais, poder-se-ia até dizer que a importadora não faria questão de receber o pagamento.

Por outro lado, exatamente pelo fato de haver ligação entre as empresas é que não pode haver dúvidas a respeito da regularidade dos contratos. Exatamente por isso as operações haveriam de estar plenamente documentadas e em consonância com os contratos firmados.

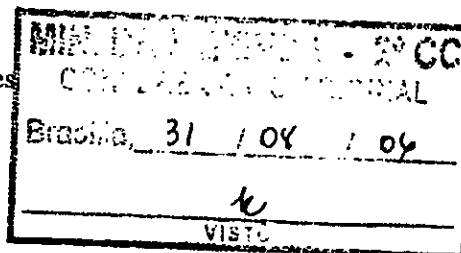
Veja-se, ainda, que a comprovação da inscrição no Fundap deve ser efetuada por meio da apresentação de registros emitidos pelo Bandes, válido por doze meses, o que não ocorreu em relação ao período fiscalizado.

Quanto à conclusão da Fiscalização de que houve ingressos coincidentes com as liquidações de câmbio, indicando que as importações foram realizadas com capital de terceiros, existe a possibilidade de ter ocorrido empréstimo, além de os valores das operações de câmbio nem sempre serem os mesmos das transferências, mesmo em relação aos valores transferidos pela Khamel. No geral, as datas e os valores também não são coincidentes.

Dessa forma, considero que a recorrente não demonstrou que efetivamente as mercadorias importadas não eram suas, nem que as operações foram realizadas de forma clara.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 10783.000030/98-14
Recurso nº : 125.341
Acórdão nº : 201-79.148

No tocante ao agravamento da multa, justificado pela Fiscalização pela afirmação de que os sócios da empresa tentaram transferi-la a laranjas, com a finalidade de eximir-se da responsabilidade, há que se ter em conta o seguinte.

Primeiramente, a prática de crimes no âmbito do direito tributário não se restringe à questão de sonegação fiscal. Há, assim, infrações relacionadas especificamente à sonegação, fraude ou conluio, conforme definidos na Lei nº 4.502, de 1964, arts. 71 a 73.

A imposição de penalidades agravadas é restrita a essas hipóteses, conforme atesta a redação do art. 44, II, da Lei nº 9.430, de 1996, com a alteração da Lei nº 10.892, de 2004.

Os crimes, por sua vez, estão definidos na Lei nº 8.137, de 1990.

Dessa forma, as condutas do sujeito passivo que dão ensejo à aplicação da penalidade são aquelas relacionadas diretamente ao surgimento da obrigação tributária, à determinação de seu montante ao conhecimento da autoridade fiscal.

Os fatos narrados pela Fiscalização como conduta dolosa, ainda que demonstrados e comprovados, não estão relacionados com a determinação do crédito tributário apurado, mas à possibilidade de responsabilização dos sócios e ao pagamento da obrigação. Logo, não dão azo à aplicação de multa proporcional agravada.

Além disso, poderiam ensejar a aplicação de multas majoradas, se demonstrada a intenção de embarçar a Fiscalização.

Portanto, abstraindo-me de apreciar a existência de dolo nas condutas narradas pela Fiscalização, entendo que, relativamente ao que faz parte do exame do recurso, dão ensejo ao agravamento da multa.

Esclareço, mais uma vez, que o agravamento é indevido não pelo fato de que as condutas não sejam dolosas, mas pelo fato de que se trata de condutas que não estão relacionadas diretamente ao surgimento da obrigação tributária e ao objetivo de impedir a autoridade fiscal de dele tomar conhecimento (apuração da ocorrência do fato gerador) ou à apuração do montante do tributo devido.

À vista do exposto, voto por dar provimento parcial ao recurso, para reduzir a multa aplicada para o percentual de 75%.

Sala das Sessões, em 28 de março de 2006.

JOSE ANTONIO FRANCISCO