Processo nº : 10825.001733/99-52
Recurso nº : 116.069
Acórdão nº : 201-76.369

Recorrente : CERVEJARIA BELCO S/A
Recorrida : DRJ em Ribeirão Preto - SP

COFINS. FALTA DE RECOLHIMENTO. EXPORTAÇÃO NÃO COMPROVADA. MULTA. JUROS.

Cabe ao contribuinte comprovar a exportação realizada. Em caso de ver-se o contribuinte frente a lançamento decorrente de falta de comprovação da exportação, a ele incumbe a prova que elida o fato imponível. A multa de 150% é cabível nos casos de evidente intuito de fraude.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: CERVEJARIA BELCO S/A.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.** Fez sustentação oral, pela Recorrente, o Dr. Sebastião Borges Taquary. Declarou-se impedido de votar o Conselheiro Antônio Carlos Atulim (Suplente).

Sala das Sessões, em 22 de agosto de 2002.

Josefa Maria Coelho Marques
Presidente

Gilberto Cassuli
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Jorge Freire, Antônio Mário de Abreu Pinto, José Roberto Vieira e Rogério Gustavo Dreyer.

cl/cf/ja

Processo nº : 10825.001733/99-52
Recurso nº : 116.069
Acórdão nº : 201-76.369

Recorrente : CERVEJARIA BELCO S/A

RELATÓRIO

A contribuinte foi autuada em 26/11/1999, conforme Auto de Infração de fls. 01/02 e anexos, por "FALTA DE RECOLHIMENTO DA CONTRIBUIÇÃO PARA FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL", referente ao período de 01/96 e 03/96 a 09/96. Apontou o Auto se tratarem de *"valores registrados como receita de exportação para o exterior, cuja efetividade da operação restou incomprovado, conforme Termo de Verificação Fiscal relativo ao Imposto sobre Produtos Industrializados"*. Foi lançado o valor do crédito apurado de R$238.928,21, referente à contribuição devida, juros de mora e multa proporcional. Os enquadramentos legais foram os arts. 1°, 2°, 3°, 4° e 5°, da Lei Complementar n° 70/91. Foi aplicada a multa de 150%.

O Termo de Verificação Fiscal de fls. 07/20 descreve detalhadamente os trabalhos de fiscalização, demonstrando a origem do procedimento fiscal, as intimações feitas, os transportadores que foram intimados e prestaram informações, os documentos apresentados, e muitos outros dados. Identificou as infrações cometidas pela contribuinte, como emissão de nota fiscal que não corresponde a efetiva saída, e saída de produtos sem emissão de nota fiscal. Afirma que:

> *"O contribuinte deu saída a produtos com suspensão do tributo, como destinados a exportação para o exterior, através de empresas comerciais exportadoras, sem comprovar que a operação tenha sido contratada para esta finalidade e que os produtos foram efetivamente entregues aos adquirentes, cuja exportação não ocorreu.*
>
> *DOS TRIBUTOS DEVIDOS*
>
> *Não implementada a condição a que estava subordinada a suspensão, exportação dos produtos, nem comprovado pelo produtor vendedor que a operação fora contratada com tal finalidade e que os produtos foram efetivamente entregues ao adquirente, tornou-se este devedor do Imposto sobre Produtos Industrializados em relação às saídas e quantidades de produtos demonstrados nos ANEXOS II e III, fls. 33 a 40, que faz parte integrante deste termo de verificação.*
>
> *Igualmente, tendo as operações gerado na contabilidade do contribuinte receitas de exportação, tornou-se o contribuinte devedor das contribuições ao PIS e COFINS."*

Conclui o Termo de Verificação que *"os produtos saídos do estabelecimento industrial do contribuinte, tendo por destino o exterior e/ou para empresas comerciais que operam no comércio exterior, sem destaque do IPI, foram na realidade comercializados no território nacional"*.

Inconformada, a empresa apresentou sua Impugnação de fls. 200/240, afirmando que efetuou vendas para o mercado externo, cujas retiradas foram feitas pelos adquirentes ou por seus prepostos. Aduz que este auto nasceu de auto subsidiário, o qual se encontra viciado, fazendo com que o presente também seja nulo de pleno direito.

Preliminarmente, diz que os fiscais não diligenciaram junto aos adquirentes para verificação da importação e efetiva tradição. Aduz que a pretensão de autuar esta contribuinte nasceu de uma notícia que não pode ser considerada como ato vinculante de qualquer fato material. Levanta ainda erro substancial na formação do auto, por afirmar haver saída sem emissão de nota e em seguida emissão e utilização de nota fiscal irregular. Alega que todas as mercadorias saíram com notas fiscais, inclusive foram vistoriadas pelos Srs. fiscais, e que nenhuma delas foi materialmente cancelada. Entende que a comprovação da entrega a título de exportação cabe aos adquirentes. No mérito, afirma não haver prova técnica e concreta que o estabelecimento deu saída de produtos de sua fabricação sem a emissão de notas fiscais no calendário base de 1996; e registrou as exportações no Livro de Controle de Produção e Estoque, sob o código de operação nº 7.99, como destinado ao exterior, utilizando-se indevidamente da imunidade tributária, atribuída à exportação de produtos nacionais para o exterior, pelo inciso III, § 3º, do art. 153 da CF/88, cuja transposição de fronteira não foi averbada no registro de exportação SISCOMEX. Frisa que a Receita Federal noticia a simulação de exportação, sem trazer provas que recaiam contra a Belco. Diz:

> *"Toda a operação foi coroada com documentos que o próprio Fisco nos forneceu; e o fato da mercadoria ter sido embarcada na unidade industrial dessa autuada, e ter se passado lapso temporal que entende a Receita não ser o ideal, não qualifica o Auto e nem faz prova contra essa contribuinte.*
>
> *Existe um conjunto factível de etapas que devem ser observadas, todas elas de forma solene foram concluídas, como registro da exportação, o seu embarque, o trânsito da mercadoria, a transposição da barreira fiscal e o fechamento do câmbio, todo esse conjunto, que não foi desconstituído, mas presumido (...)".*

Afirma que todos os fechamentos de câmbio foram concretizados de forma plena e que todos os documentos aptos para coroar a exportação foram entregues à Belco, inclusive emitidos pelo próprio Fisco, Banco Central e demais repartições envolvidas. Alega que o Fisco não comprova o destino diverso daquele descrito nas notas, sequer identifica qual seria o seu destino, ainda que de forma superficial. Cita circunstâncias que demonstram a certeza de que o auto não pode superar, como a conjugação de todos os documentos probantes da operação, inclusive os emitidos pela Receita Federal e Banco Central; e o fato de que, se estão se questionando a destinação diversa, como é o que se entende pela ampliação desse auto, na pessoa de distribuidores da Belco, cabe a ele a responsabilidade por essa destinação. Diz ser incoerente e impossível o agravamento da multa. Alega que a Taxa SELIC deve ser julgada indevida e improcedente. Pugna pela aplicação do entendimento adotado no julgamento da ADIN nº 1.417-0.

Resolveu, então, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão Preto - SP, às fls. 851/864, julgar procedente em parte o lançamento, conforme a seguinte ementa:

> *"(...) NULIDADE.*
>
> *A ausência de contraditório antes da formalização do lançamento não anula o ato.*
>
> *DEFESA ORAL.*

Inadmissível a sustentação oral na primeira instância da fase de julgamento, por falta de previsão legal.

PERÍCIA.

Desconsidera-se o pedido de perícia que desatenda aos requisitos legais.

PRODUÇÃO DE PROVAS

O momento adequado à produção de prova encerra-se com o prazo de impugnação, salvo ocorra uma das hipóteses prevista na norma.

AUDITOR-FISCAL. COMPETÊNCIA.

O auditor-fiscal possui competência legal para praticar o ato administrativo de lançamento tributário, executar procedimentos de fiscalização, inclusive os relativos ao controle aduaneiro, objetivando verificar o cumprimento das obrigações tributárias pelo sujeito passivo.

DÍVIDA ATIVA. CADASTRO DE INADIMPLENTES.

A inscrição em dívida ativa e o eventual lançamento do contribuinte no cadastro de inadimplentes só pode ocorrer na hipótese de não pagamento, posteriormente ao advento de decisão definitiva e desfavorável à empresa.

COMPROVAÇÃO DE EXPORTAÇÕES.

Somente será considerada exportada, para fins fiscais e de controle cambiais, a mercadoria cujo despacho de exportação estiver averbado no Siscomex.

MULTA DE OFÍCIO MAJORADA.

Configurada a sonegação e demonstrado o evidente intuito de fraude é cabível a aplicação da multa qualificada.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

Cobram-se juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic) para títulos federais por expressa previsão legal.

LANÇAMENTO PROCEDENTE".

Às fls. 876/939 a recorrente apresentou recurso voluntário, manifestando sua inconformidade com a decisão atacada, argüindo os mesmos argumentos já trazidos e acrescentando outros, como nulidade do auto por fundamentar-se em dispositivo legal revogado. Aduz que o processo administrativo do Fisco Paulista, citado no Termo de Verificação Fiscal (DRT/7 - 1807/99), foi julgado improcedente. Insurge-se contra a proibição de ter vistas do processo fora da repartição e aponta, ainda, outros fatos ensejadores de cerceamento de defesa, como a negativa de perícia.

Houve decisão judicial, nos autos de Ação Civil Pública nº 1999.61.08.005318-7, para determinar o seguimento do recurso voluntário interposto independentemente da realização de depósito prévio (fls. 954/971). Às fls. 1009/1025, ainda, há cópia de decisões judiciais possibilitando o seguimento do recurso administrativo sem o depósito prévio. Após, houve decisão nos autos da Cautelar nº 2000.03.00.057346-0 (fls. 1.031), concedendo a liminar para conferir efeito suspensivo à apelação interposta na ação civil pública.

Processo nº : 10825.001733/99-52
Recurso nº : 116.069
Acórdão nº : 201-76.369

Após, nova decisão amparou a contribuinte, conforme cópia de fls. 1049/1050, nos autos do AI nº 2001.03.00.004691-9, possibilitando a interposição de recurso administrativo sem o recolhimento do depósito prévio. Há ainda decisão judicial proferida pelo TRF da 3ª Região, nos autos da AMS nº 202.351 (1999.61.08.003764-9) cujo acórdão deu provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial, julgando devido o depósito prévio para seguimento do recurso.

Posteriormente, a contribuinte protocolizou petição, em que arrola bem para seguimento do recurso.

É o relatório.

Processo nº : 10825.001733/99-52
Recurso nº : 116.069
Acórdão nº : 201-76.369

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
GILBERTO CASSULI

O recurso voluntário é **tempestivo**. O estabelecido no § 2º do art. 33 do Decreto nº 70.235/72, com a antiga redação dada pela MP nº 1.621/1997, reeditada até a MP nº 2.176-79, de agosto de 2001, que vigorou por força do art. 2º da Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, até a sua conversão, com alterações, na Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, referente ao **depósito** de, no mínimo, 30% da exigência fiscal definida na decisão, **não foi cumprido**.

No entanto, com a alteração proporcionada pela conversão da MP nº 2.176-79 na Lei nº 10.522/2002, o art. 33 do Decreto nº 70.235/72 passou a ter a seguinte redação:

> "**Art. 33.** Da decisão caberá recurso voluntário, total ou parcial, com efeito suspensivo, dentro dos trinta dias seguintes à ciência da decisão.
>
> § 1º No caso de provimento a recurso de ofício, o prazo para interposição de recurso voluntário começará a fluir da ciência, pelo sujeito passivo, da decisão proferida no julgamento do recurso de ofício.
>
> **§ 2º Em qualquer caso, o recurso voluntário somente terá seguimento se o recorrente arrolar bens e direitos de valor equivalente a 30% (trinta por cento) da exigência fiscal definida na decisão, limitado o arrolamento, sem prejuízo do seguimento do recurso, ao total do ativo permanente se pessoa jurídica ou ao patrimônio se pessoa física.**
>
> § 3º O arrolamento de que trata o § 2º será realizado preferencialmente sobre bens imóveis.
>
> § 4º O Poder Executivo editará as normas regulamentares necessárias à operacionalização do arrolamento previsto no § 2º." (negritei)

A contribuinte, conforme petição de fl. 877, arrolou um bem em valor superior a 30% da exigência fiscal definida na decisão. A Lei nº 10.522/2002 estabeleceu que entraria em vigor na data de sua publicação, que ocorreu em 22/07/2002. Assim, aplica-se o dispositivo acima transcrito ao presente ato processual. Portanto, **conheço do recurso.**

A contribuinte foi autuada por falta de recolhimento de COFINS, tendo em conta a existência de valores registrados como receita de exportação para o exterior, cuja efetividade da operação restou incomprovada. O Fisco afirma que a contribuinte deu saída a produtos com suspensão do tributo, como destinados a exportação para o exterior, através de empresas comerciais exportadoras, sem comprovar que a operação foi contratada para esta finalidade, e que os produtos foram efetivamente entregues aos adquirentes, entendendo que a exportação não ocorreu.

Frise-se, inicialmente, que o presente lançamento, referente à COFINS, é decorrente da autuação relativa ao IPI. Igualmente decorrente foi o lançamento referente ao PIS,

cujo Processo foi autuado sob o nº 10825.001734/99-15, Recurso nº 116.130, Relator o ilustre Conselheiro Antônio Mário de Abreu Pinto, e cujo julgamento, por esta Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, ocorreu em Sessão no dia 19/06/2002, sendo negado provimento, por unanimidade, conforme a seguinte ementa:

> *"PIS. FALTA DE RECOLHIMENTO. EXPORTAÇÃO NÃO COMPROVADA. MULTA. JUROS.*
> *Lavrado o auto de infração, o contribuinte não comprovou as exportações, nem apresenta a averbação do embarque, que comprova a exportação, emitido pelo Sistema na repartição aduaneira da Receita Federal ao final da operação de exportação, documento em que são relacionados todos os registros processados pelo SISCOMEX. Nenhuma transportadora confirmou a veracidade das afirmações do contribuinte. A multa de 150% é cabível nos casos de evidente intuito de fraude. Nos termos do art. 161, § 1º, do CTN (Lei n.º 5.172/66), se a lei não dispuser de modo diverso, a taxa de juros será de 1%. Como a Lei n.º 8.891/95, c/c o art. 13 da Lei n.º 9.065/95, dispôs de forma diversa, é de ser mantida a Taxa SELIC.*
> ***Recurso negado."***

Seguiremos, nestes autos, onde foi lançado crédito tributário referente a COFINS, o mesmo entendimento adotado no julgamento do Auto de Infração relativo ao PIS. Para tanto, recorremos às palavras proferidas pelo Conselheiro Antônio Mário de Abreu Pinto.

Com relação à argüição de cerceamento de defesa, razão não cabe à contribuinte. O pedido de perícia feito não atendeu aos requisitos inscritos no inciso IV do art. 16 do Decreto nº 70.235/72. Assim, considera-se não formulado. Ademais, constam dos autos os esclarecimentos necessários para a solução da controvérsia.

Segundo o Conselheiro Antônio Mário de Abreu Pinto:

> *"A redução de 30% em caso de pagamento do crédito tributário discutido no auto de infração não fere os Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório, pois trata-se de uma norma legal que atende ao Princípio Constitucional da Legalidade.*
>
> *Ressalta-se ainda que não há nenhuma vinculação entre os atos administrativos praticados pelo Fisco Federal com os praticados pelo Fisco Estadual. As duas esferas são independentes.*
>
> *Vale acrescentar que a falta de participação do contribuinte na lavratura do auto de infração em nada compromete o mesmo, tendo em vista que os princípios do contraditório e da ampla defesa são assegurados após sua lavratura com o prazo de impugnação e ainda posteriormente com o Recurso Voluntário.*
>
> *A retirada dos autos de Processos Administrativos Fiscais é vedada pela Lei n.º 9.250/95, conforme despacho à fl. 869 do auto."*

Vale, a exemplo do que fez em seu voto o Conselheiro Antônio Mário de Abreu Pinto, transcrever ementa resultante do Acórdão nº 201-73.265, prolatado pela Primeira Câmara deste Segundo Conselho de Contribuintes, no Recurso Voluntário nº 101.477, com relação à retirada dos autos de processo administrativo e quanto ao pedido de perícia que não atenda os requisitos legais:

A análise do Termo de Verificação Fiscal, repleto de dados, com efeito, nos convence da irregularidade das operações por parte da contribuinte. Afirmou o Conselheiro Antônio Mário de Abreu Pinto que "*Todos os documentos fornecidos pelo contribuinte com o início da fiscalização foram analisados, além de as empresas transportadoras terem sido intimadas, restando comprovado que as operações de exportação não foram realizadas.*"

Sem sombra de dúvidas, afirmamos que as operações de exportação não restaram comprovadas. Ora, cabe ao contribuinte comprovar a exportação realizada. Em caso de ver-se o contribuinte frente a lançamento decorrente de falta de comprovação da exportação, a ele incumbe a prova que elida o fato imponível.

Vale, ainda, relembrar ser incabível a tentativa de transferir a responsabilidade pelo pagamento de tributo com fundamento em contrato realizado entre particulares. É o que prescreve o CTN:

> *"Art. 123. Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes."*

Colacionamos ementa proveniente desta Eg. Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, que, ao julgar o Recurso Voluntário n.º 098.131, Relator o Conselheiro Oswaldo Tancredo de Oliveira, Acórdão nº 202-08.067, assim se manifestou:

> *"IPI - Compra simulada de produto, com aproveitamento do crédito do IPI. Exportação simulada do produto da compra, para efeitos de dedução do estoque. Simulação comprovada nos autos, pelas diligências realizadas junto às firmas fornecedora e exportadora.* ***Recurso a que se nega provimento.***

Com relação à multa lançada, estabelece a Lei nº 9.430/96:

> *"Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:*
>
> *I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;*
>
> ***II - cento e cinqüenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis."*** (negritei)

No que tange ao evidente intuito de fraude, estabelece a Lei nº 4.502/94:

> *"Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:*

> *"FINSOCIAL – CERCEAMENTO DE DIREITO DE DEFESA – ACESSO AOS AUTOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO – Não se configura cerceamento de direito de defesa a negativa de pedido de retirada dos autos da repartição, desde que facultada vista do processo, no órgão preparador, dentro do prazo fixado para a apresentação da impugnação. A extração das cópias solicitadas pela interessada, sem lhe serem determinadas quaisquer restrições de número de cópias ou tipos de documentos a serem copiados, supre satisfatoriamente o pedido de vista fora da repartição. (...) PEDIDO DE PERÍCIA – Descabe o pedido de perícia que não apresenta os requisitos determinados pelo artigo 17, caput e parágrafo único, do Decreto n.º 70.235/72. (...).* ***Recurso provido parcialmente."***

Com efeito, apurou-se haver registros de exportação no sistema da Receita Federal, o SISCOMEX. Contudo, não houve a comprovação de averbação do embarque/transposição da fronteira, necessárias à regularidade da exportação. No que tange a esta questão, os argumentos trazidos pela contribuinte não comprovam a efetiva ocorrência da exportação.

É mister afirmar-se que o ônus da prova, no sentido de elidir o fato imponível, é do contribuinte.

Por ter o mesmo substrato fático, transcrevemos as palavras do Conselheiro Antônio Mário de Abreu Pinto em relação ao Auto de Infração que lançou o crédito tributário de PIS, sendo a questão de prova igual nestes autos:

> *"Nos autos, observa-se que o Recorrente não apresenta a averbação do embarque, que comprova a exportação, emitido pelo Sistema na repartição aduaneira da Receita Federal ao final da operação de exportação, o documento em que são relacionados todos os registros processados pelo SISCOMEX."*

Cabe, neste momento, citar a IN SRF nº 28/94, que evidencia a necessidade de averbação do despacho de exportação para o devido controle da fiscalização:

> *"Art. 51. Somente será considerada exportada, para fins fiscais e de controle fiscal, a mercadoria cujo despacho de exportação estiver averbado, no SISCOMEX, nos termos dos arts. 46 a 49."*

Procedeu o Fisco à intimação das empresas transportadoras, delas obtendo informações no sentido de que as mesmas não efetuaram transporte de bebidas para o exterior, mas para São Paulo, Porto Alegre, entre outras localidades. Por parte das transportadoras, não houve confirmação no sentido de que a contribuinte, ora recorrente, tivesse carga exportada contratada com as referidas transportadoras.

No julgamento relativo ao PIS foi adotada a premissa no sentido de que *"a contradição da Recorrente com as empresas transportadoras vem a confirmar que a exportação não foi realizada. Enfim, observa-se que não há qualquer comprovação de execução de serviços de transporte nos termos indicados nas notas fiscais apresentadas pela empresa Recorrente."*

I – da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II – das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72."

Neste diapasão, correta a aplicação da multa de 150% pela autoridade fiscal, eis que o intuito de fraude restou manifestamente claro, em face da documentação dos autos

Curvando-nos ao entendimento adotado por esta Câmara, entendemos que deve o valor ser atualizado e corrigido pela Taxa SELIC, nos termos da Norma de Execução nº 08/97.

Pelo exposto, e por tudo mais que dos autos consta, voto por NEGAR PROVIMENTO ao recurso.

É como voto.

Sala das Sessões, em 22 de agosto de 2002.

GILBERTO CASSULI