



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Publicado no Diário Oficial da União
de 28 / 07 / 2004
Rubrica

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13873.000087/99-56
Recurso nº : 112.657
Acórdão nº : 202-14.918

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

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. PROCEDIMENTO FISCALIZATÓRIO. Não há se confundir procedimento administrativo fiscal com processo administrativo fiscal. O primeiro tem caráter apuratório e inquisitorial e precede a formalização do lançamento, enquanto o segundo somente se inicia com a impugnação do lançamento pelo contribuinte. As garantias do contraditório e ampla defesa são próprias do processo administrativo fiscal. Estando o lançamento amparado por farta documentação e tendo o mesmo descrito com clareza, precisão e de acordo com as formalidades legais, as infrações imputadas ao contribuinte, não há se falar em cerceamento de defesa a impor a nulidade do feito.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PERÍCIA. Considera-se inexistente o pedido de perícia formulado em desacordo com as formalidades impostas pelo Decreto nº 70.235/72.

CONTRIBUIÇÃO PARA FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS. ISENÇÃO. EXPORTAÇÃO DE MERCADORIAS. Provado que as mercadorias não foram exportadas, é devido o lançamento da Contribuição sobre a receita respectiva.

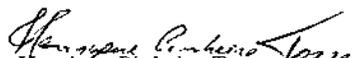
ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS. Falta aos Conselhos de Contribuintes competência para deixar de aplicar lei ou outro ato normativo ao argumento de sua inconstitucionalidade.

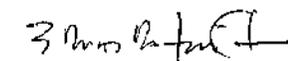
Recurso negado.

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

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos: **I) em rejeitar as preliminares de nulidade; e II) no mérito, em negar provimento ao recurso.** Fez sustentação oral, pela Recorrente, o Dr. Jorge Luiz Batista Pinto.

Sala das Sessões, em 01 de julho de 2003


Henrique Pinheiro Torres
Presidente


Eduardo da Rocha Schmidt
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antônio Carlos Bueno Ribeiro, Ana Neyle Olímpio Iolanda, Gustavo Kelly Alencar, Raimar da Silva Aguiar e Nayra Bastos Manatta. Ausente, justificadamente, o Conselheiro Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.
cl/opr



Processo nº : 13873.000087/99-56
Recurso nº : 112.657
Acórdão nº : 202-14.918

Recorrente : CERVEJARIA BELCO S/A

RELATÓRIO

Os fatos que ensejaram a autuação se encontram assim descritos no auto de infração:

"Falta de recolhimento da contribuição devida ao PIS, relativamente às operações acobertadas pelas notas fiscais, cópia às fls. 43 a 90, relacionadas em anexo, fls. 10/11, que fazem parte integrante deste, como informado pelo contribuinte, fls. 12, em resposta à intimação de fls. 09.

Referidas notas fiscais foram emitidas sob o código de operação 7.11, como destinadas ao exterior.

No entanto, como descrito na folha de continuação do Auto de Infração objeto do processo nº 10907-000.182/97-00, fls. 30/32, e documentos que o intrue, confirmado pela Decisão DRJ-CTA nº 211/98, fls. 34 a 42, proferida pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Curitiba-Pr., o contribuinte não promoveu a exportação dos produtos.

No citado processo, fls. 27, restou aplicada a multa agravada de cento e cinquenta por cento, em razão do que, tendo a contribuição ora exigida origem nas mesmas infrações apuradas naquele, sujeita-se o contribuinte a igual penalidade.

Deixamos de lavrar representação fiscal para fins penais pela mesma razão informada naqueles autos. fls. 33."

Tendo a Fiscalização verificado que as indigitadas exportações de fato não teriam sido realizadas, lançou de ofício a Contribuição para o PIS que deixou de ser recolhida.

Inconformada com a autuação, apresentou a Contribuinte tempestiva impugnação, onde alegou, em síntese, o seguinte:

- a) que o processo seria nulo, na medida em que ao ensejo do procedimento fiscal que redundou no auto de infração objeto do processo administrativo nº 10907-000.182/97-00, que tem por objeto os mesmos fatos que ensejaram a autuação em exame, teria sido cerceado seu direito à ampla defesa, na medida em que tal procedimento teria sido levado a cabo sem sua oitiva e independentemente da análise de quaisquer documentos seus;
- b) que o presente processo seria nulo também, ainda por cerceamento de seu direito à ampla defesa, pelo fato de no processo administrativo nº 10907-000.182/97-00 não ter sido realizada qualquer diligência para "verificar, comprovar, analisar e fiscalizar a existência e veracidade dos documentos" então apresentados, alegadamente emitidos pelo próprio Fisco;



Processo nº : 13873.000087/99-56
Recurso nº : 112.657
Acórdão nº : 202-14.918

- c) que o agravamento da multa seria indevido, pois as infrações que teriam provocado o lançamento da penalidade seriam idênticas àquelas apuradas no processo nº 10907-000.182/97-00, ainda pendente decisão definitiva e, portanto, passível de reforma;
- d) que a exigência de juros calculados de acordo com a variação da Taxa SELIC seria ilegal;
- e) que a exportação das mercadorias em questão teria sido contratada com cláusula "FOB" ou "EX WORKS", pela qual a responsabilidade da Contribuinte, segundo lição de CELSO RIBEIRO BASTOS e EDUARDO AMARAL GURGEL KISS, se limitaria à colocação da "mercadoria à disposição do comprador em seu estabelecimento", o que teria sido feito, afastando a procedência da autuação pela falta de infração imputável à Contribuinte;
- f) que o frete era pago e de responsabilidade dos adquirentes das mercadorias;
- g) que as exportações teriam sido concretizadas, o que teria provado de acordo com as exigências legais aplicáveis, prova esta cuja idoneidade decorreria do fato de se consubstanciar em documentos de emissão do próprio Fisco; e
- h) que a jurisprudência do Segundo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda e do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo seria no sentido de que, cumprindo o exportador as formalidades legais exigíveis, o fato de a mercadoria deixar de ser exportada por fato absolutamente estranho à sua vontade, tornaria incabível a exigência de tributos que deixaram de ser exigidos em decorrência de se tratar de operação de exportação.

O lançamento foi julgado procedente por decisão que recebeu a seguinte ementa:

"Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Ano-calendário: 1994, 1995, 1996

Ementa: Ementa: Ementa: PERÍCIA.

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

JUNTADA POSTERIOR DE DOCUMENTOS.

A instrução processual é concentrada no momento da impugnação.

NULIDADE.



Processo nº : 13873.000087/99-56
Recurso nº : 112.657
Acórdão nº : 202-14.918

A ausência de contraditório antes da formalização do lançamento não anula o ato.

DÍVIDA ATIVA E 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.

Os conhecimentos de embarque consignando a data do embarque da mercadoria são os documentos hábeis para comprovar a exportação, sendo insubstituíveis pelas telas do Sicomex.

MULTA.

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

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA.

Estando o ilícito tributário descrito em norma penal incriminadora, é cabível a imputação de crime contra a ordem tributária.

JUROS DE MORA.

É cabível a exigência de juros de mora da forma estabelecida em lei.

LANÇAMENTO PROCEDENTE".

Os fundamentos da decisão quanto à questão da comprovação ou não das exportações em tela foram os seguintes:

"A impugnação informou a juntada de documentos comprobatórios das vendas sob a cláusula FOB e da ocorrência efetiva das exportações, os quais não teriam sido examinados pela fiscalização antes da lavratura do auto de infração.

Constam dos autos como anexos à impugnação apenas a procuração (fl.113), cópias de documentos retratando as alterações societárias (fls. 114/128) e cópias das telas do Siscomex.

Não existem documentos demonstrando as vendas sob a cláusula FOB e, ainda que existissem, não seriam capazes de elidir a responsabilidade da empresa perante o fisco, pois as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser

 4



Processo nº : 13873.000087/99-56
Recurso nº : 112.657
Acórdão nº : 202-14.918

opostas à Fazenda Pública para modificar a definição legal do sujeito passivo da obrigação tributária correspondente (Lei nº 5.172/1966, art. 123).

Contrariamente ao alegado, no que tange às formalidades do despacho aduaneiro propriamente dito, não foram cumpridos os procedimentos estabelecidos na Instrução Normativa SRF nº 28/1994, que assim dispõe:

"Art. 11 - O despacho de exportação poderá ser realizado:

I - em recinto alfandegado de Zona Primária;

II - em recinto alfandegado de Zona Secundária; e

III - em qualquer outro local não alfandegado de Zona Secundária, inclusive no estabelecimento do exportador.

Art. 12 - Quando o despacho de exportação for realizado nos locais indicados nos incisos II e III do artigo anterior, a mercadoria desembaraçada seguirá até a unidade da SRF que jurisdiciona o local de saída do País, ou o local onde ocorrerá transbordo ou baldeação em regime de trânsito aduaneiro sob procedimento especial, na forma dos arts. 32 a 34, observado o disposto no art. 13.

.....
Art. 13 - A realização do despacho em local não alfandegado de zona secundária fica condicionada, cumulativamente, a que:

I - no local indicado exista terminal de computador ligado ao Siscomex;

II - a solicitação do exportador seja feita com antecedência mínima de 48 horas da data pretendida para a realização do despacho; e

III - o pedido seja deferido pela autoridade competente da unidade da SRF



Processo nº : 13873.000087/99-56
Recurso nº : 112.657
Acórdão nº : 202-14.918

jurisdicionante do local de realização do despacho.

§ 1º - A decisão a que se refere o inciso III deverá ser registrada, no Siscomex, para ciência do interessado, com antecedência mínima de doze horas do horário indicado para a realização do despacho, designando o AFTN responsável.

.....
Art. 20 - No caso de despacho realizado nos locais a que se referem os incisos II e III do art. 11, após a verificação e o desembaraço da mercadoria, os documentos serão devolvidos ao exportador, para apresentação à unidade da SRF que jurisdiciona o local de saída da mercadoria do País, onde serão arquivados.

§ 1º - No caso de despacho instruído com MIC/DTA ou com TIF/DTA, a mercadoria exportada será acompanhada apenas por esses documentos, até o ponto alfandegado de saída do País, devendo os demais serem arquivados na unidade da SRF que jurisdiciona o local do despacho.

§ 2º O disposto no parágrafo anterior não dispensa o registro do trânsito aduaneiro, no Siscomex, na forma dos arts. 32 a 34.

.....
Art. 32 - Considerar-se-á em regime de trânsito aduaneiro sob procedimento especial, a partir do registro do seu início, no Sistema, e sem qualquer outra providência administrativa, a mercadoria cujo despacho de exportação tenha se processado nos locais a que se referem os incisos II e III do art. 11.

§ 1º Caberá ao AFTN verificar o cumprimento da exigência de aplicação à unidade de carga ou aos volumes, dos elementos, de segurança necessários, ou dispensá-la, quando a



Processo nº : 13873.000087/99-56
Recurso nº : 112.657
Acórdão nº : 202-14.918

mercadoria, por sua natureza, características ou condições de embalagem, prescindir da cautela, fazendo, em qualquer caso, os necessários registros no Siscomex.

§ 2º - A mercadoria em trânsito aduaneiro, na forma deste artigo, será acompanhada por cópia da tela de confirmação do início do trânsito, no Sistema, contendo assinatura, sob carimbo, do AFTN responsável.

.....
Art. 41 - Uma cópia do Manifesto de Carga e uma via não negociável de cada um dos respectivos Conhecimento de Carga deverão ser entregues, pelo transportador, à unidade da SRF que jurisdicione o local do despacho de exportação, no prazo máximo de 72 horas da saída do País do veículo transportador.

.....
Art. 48 - Será automática a averbação do embarque ou da transposição de fronteira:

.....
II - nos demais casos, após a confirmação do embarque da mercadoria, pelo transportador, ou da sua transposição de fronteira, conforme definido no inciso III do art. 39, quando os dados sobre a carga embarcada informados no Sistema, coincidirem com os da carga desembarcada pela fiscalização aduaneira.

Parágrafo único - A averbação automática, na forma deste artigo, não prejudica a apuração da responsabilidade, por eventuais erros ou fraudes constatados após o desembarço e o embarque da mercadoria, e a aplicação, aos responsáveis, das sanções administrativas, fiscais, cambiais e penas cabíveis. (Grifou-se).

Da análise dos documentos constantes do processo, verifica-se que o lançamento decorreu da verificação, pelo fisco, de que o

25/7



Processo nº : 13873.000087/99-56
Recurso nº : 112.657
Acórdão nº : 202-14.918

estabelecimento industrial não promoveu a exportação dos produtos constantes das notas fiscais relacionadas às fls. 43/90, as quais foram emitidas, para tal finalidade.

A saída da mercadoria do país é condição sine qua non para gozar da isenção tributária de que trata a Lei Complementar nº 70/1991, art. 7º, regulamentada pelo Decreto nº 1.030/1993, art. 1º, in verbis :

"Art. 1º Na determinação da base de cálculo da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins), instituída pelo art. 1º da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, serão excluídas as receitas decorrentes da exportação de mercadorias ou serviços, assim entendidas:

I - vendas de mercadorias ou serviços para o exterior, realizadas diretamente pelo exportador;"

Às fls. 14/19 constam documentos dando conta de que foram verificados os despachos de cerveja, apurando-se que existe registro no Siscomex, mas não existem os conhecimentos de transportes relativos aos embarques das mercadorias nos navios.

*Em sua impugnação, a empresa anexou apenas cópias do comprovante de exportação - Siscomex (fls. 129/133), mas o que efetivamente comprova a exportação são os conhecimentos de carga constando a **data de embarque**, que deveriam ter sido entregues no prazo máximo de 72 horas após o efetivo embarque dos produtos, conforme determina a da IN SRF nº 28/1994, art. 41.*

Não se olvide que a data do efetivo embarque está fixada no art. 39 do precitado ato normativo, verbis :

*"Art. 39 - Entende-se por **data de embarque** da mercadoria:*

I - nas exportações por via marítima, a data da cláusula "shipped on board" ou equivalente, constante do conhecimento de Carga :

.....



Processo nº : 13873.000087/99-56
Recurso nº : 112.657
Acórdão nº : 202-14.918

III - nas exportações por via terrestre, fluvial ou lacustre, a data da transposição de fronteira da mercadoria, que coincide com a data de seu desembarço ou da conclusão do trânsito registrada no Sistema pela fiscalização aduaneira;" (grifou-se).

Observe-se ainda que ao lado do previsto na IN SRF nº 28/1994, art. 48, § único, no corpo das telas do Siscomex juntadas pela impugnante, existe a ressalva de que a mercadoria não foi desembarçada.

Diante das evidências, é de se concluir que realmente ocorreu o desvio da cerveja para o mercado interno, em face das exportações não terem sido efetivadas, restando descumprido o requisito essencial para a fruição da isenção."

Inconformada, interpôs a Contribuinte o recurso voluntário de folhas 161 a 191 postulando o cancelamento do lançamento, onde, além do alegado em impugnação, sustenta o seguinte:

- a) que a decisão recorrida seria nula, por cerceamento a seu direito de defesa, pois não teria sido observado seu direito de produzir prova pericial e documental suplementar;
- b) que seria equivocada a afirmação constante da decisão recorrida de que não haveria prova nos autos de que a exportação teria sido contratada com cláusula "FOB", pois tal informação estaria veiculada nas telas do Siscomex juntadas com a impugnação;
- c) que da leitura da legislação transcrita na decisão recorrida, o que se aferiria é que a Contribuinte teria observado todos os procedimentos que lhe são exigidos;
- d) que a averbação da exportação é de competência do Fisco, de modo que sua falta não lhe poderia ser imputada;
- e) que o objetivo da decisão recorrida seria desviar a discussão de seu foco, pois se alega que as mercadorias não foram exportadas, deveria provar qual foi o destino que lhes foi dado;
- f) que o procedimento exigido pela Fiscalização para comprovação da exportação não encontraria guarida em lei.

É o relatório.



Processo nº : 13873.000087/99-56
Recurso nº : 112.657
Acórdão nº : 202-14.918

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
EDUARDO DA ROCHA SCHMIDT

Sendo tempestivo o recurso e estando a Contribuinte garantida por segurança que determinou a subida dos autos independentemente de depósito recursal, passo a decidir.

Preliminarmente, necessário se enfrentar as preliminares suscitadas na peça recursal, a primeira delas consistente na alegação de nulidade do auto de infração pelo fato de a Contribuinte não ter sido ouvida durante o procedimento fiscalizatório. O exame de tal preliminar reclama a distinção dos conceitos de *processo administrativo fiscal* do de *procedimento administrativo fiscal*, precisa na lição de JAMES MARINS:

“Não pode ser confundido o processo administrativo tributário com o procedimento administrativo tributário, ou procedimento fiscal. Este é marcadamente ‘fiscalizatório’ ou ‘apuratório’ e tem por finalidade preparar o ato de lançamento, que é o momento em que o Estado exator formaliza sua pretensão tributária (crédito) em face do contribuinte. Após tal formalização é que pode ter lugar o processo administrativo, bastando para tanto que o contribuinte, lançando mão dos meios de impugnação administrativos previstos, ofereça formalmente sua resistência à pretensão fiscal do Estado.”
(Direito Processual Tributário Brasileiro, 2ª ed., Dialética, p. 92)

As garantias do contraditório e da ampla defesa, à vista do disposto no artigo 5º, LV, da Constituição Federal, são inerentes ao processo administrativo, não ao procedimento administrativo fiscal, de caráter primordialmente inquisitório, de sorte que, tendo o lançamento sido instrumentalizado por auto de infração no qual os fatos que ensejaram a autuação foram objeto de anterior autuação, amparado em farta documentação colacionada aos autos – no caso, respostas de ofícios enviados às empresas que teriam efetuado o transporte internacional das mercadorias supostamente exportadas, pelas quais é informado que tais mercadorias não foram embarcadas em seus navios – e tendo o mesmo descrito de forma clara as infrações imputadas à Contribuinte, facultando-lhe plena defesa, não há se falar em nulidade do lançamento por cerceamento de defesa.

Ademais, na especial hipótese dos autos, a Contribuinte, previamente à lavratura do auto de infração, foi intimada a prestar esclarecimentos sobre o recolhimento ou não da Contribuição sobre as operações de exportação em questão.

A jurisprudência, em casos similares, se firmou pela ausência de cerceamento do direito de defesa a demandar a decretação da nulidade do feito, como se vê dos seguintes julgados:

“IRPF – PRELIMINAR DE NULIDADE E CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. Só se cogita da nulidade do ato praticado pela autoridade administrativa, quando presentes os pressupostos dispostos no art. 59 do



Processo n^o : 13873.000087/99-56
Recurso n^o : 112.657
Acórdão n^o : 202-14.918

Decreto n^o 70.235/72. Assim, em havendo no lançamento informações e justificativas que permitem ao contribuinte oferecer impugnação fundamentada e completa, não há que se falar em nulidade do lançamento por cerceamento ao direito de defesa. (...)."

(Ac. 102-45.766, 1^o C. C., 2^a Câm., rel. Cons. Valmir Sandri).

"NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO POR CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA – DILIGÊNCIAS – FASE FISCALIZATÓRIA. Somente a partir da lavratura do auto de infração é que se instaura o litígio entre o fisco e o contribuinte, podendo-se, então falar em ampla defesa ou cerceamento dela, sendo improcedente a preliminar de cerceamento do direito de defesa quando concedidas, na fase de instrução e de impugnação, amplas oportunidades de apresentar documentos e esclarecimentos. Ademais, se o contribuinte revela conhecer plenamente as acusações que lhe foram imputadas, rebatendo-as, uma a uma, de forma meticulosa, mediante extensa e substancial impugnação, abrangendo não só outras questões preliminares como também razões de mérito, descabe a proposição de cerceamento do direito de defesa. (...)."

(Ac. 104-19.122, 1^o C. C., 4^a Câm., Rel. Cons. Nelson Mallmann)

"IRPJ – PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – NULIDADE DO PROCEDIMENTO – OMISSÃO DE RECEITAS – MICROEMPRESA – LUCRO PRESUMIDO – ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. Na fase procedimental do processo administrativo fiscal predomina o princípio da inquisitorialidade; o contraditório e a ampla defesa somente podem ser invocados na fase processual seguinte, depois de formalizada a acusação fiscal. (...)."

(Ac. 105-13.984, 1^o C. C., 5^a Câm., Rel. Cons. Maria Amália Fraga Ferreira)

"NULIDADE – CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. Não ocorre cerceamento do direito de defesa quando no auto de infração constam as irregularidades fiscais descritas de forma clara e os dispositivos legais indicados dão suporte ao lançamento. (...)."

(Ac. n^o 107-06.777, 1^o C. C., 7^a Câm., Rel. Cons. Natanael Martins)

"PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – NULIDADE – CERCEAMENTO DE DEFESA – Improcede a alegação de cerceamento do direito de defesa quando o procedimento fiscal fundamentou-se em levantamento realizado junto aos fornecedores da fiscalizada e, ainda, tendo o fisco juntado aos autos elementos de prova. (...)."

(Ac. 107.04.745, 1^o C. C., 7^a Câm., Rel. Cons. Francisco de Assis Vaz Guimarães)

Nestas condições, tenho por improcedente a preliminar de nulidade do auto de infração.



Processo nº : 13873.000087/99-56
Recurso nº : 112.657
Acórdão nº : 202-14.918

Quanto ao pedido de perícia, tenho por irreparável seu indeferimento pela decisão recorrida, na medida em que formulado em total desacordo com as formalidades previstas no artigo 16, VI, nos termos do § 1º do mesmo artigo, todos do Decreto nº 70.235/72, razão pela qual afasto a preliminar de nulidade da decisão recorrida.

Vencidas as preliminares, passo ao exame do mérito.

Para o deslinde da controvérsia, necessário saber, primeiro, se efetivamente ocorreu o fato gerador da obrigação tributária, ou seja, se as mercadorias objeto das notas fiscais colacionadas aos autos foram ou não exportadas.

A questão foi correta e cuidadosamente enfrentada pela decisão recorrida, que neste particular não merece reparos. As telas do Siscomex juntadas pela Contribuinte em sua impugnação – que não contém nenhuma indicação de que a exportação teria sido contratada pela modalidade “FOB” – se por um lado provam que houve o despacho da exportação, provam, também – e este o ponto nodal da questão –, que a mercadoria “não foi fiscalizada”. Nada obstante, acresce que durante o procedimento fiscalizatório que antecedeu a lavratura do auto de infração, restou apurado, por meio de respostas a ofícios dirigidos às empresas TRANSZELLA – Transporte Rodoviário de Carga S/C Ltda. e EMC – Empresa Marítima e Comercial, que teriam realizado o transporte das mercadorias supostamente exportadas, que não existem em seus arquivos cópias de conhecimentos de transporte relativos a tais operações e que as mercadorias em questão não foram embarcadas em seus navios.

A Contribuinte não logrou, nem sequer tentou, produzir qualquer prova capaz de ao menos abalar os fundamentos do lançamento, sendo que, na verdade, a única prova que produziu no curso do processo, as já citadas telas do Siscomex, labora apenas em seu desfavor, pois se de um lado nada provam quanto à alegação de que as exportações teriam sido contratadas com cláusula “FOB”, do outro provam que não ocorreu a fiscalização da mercadoria alegadamente exportada, reforçando ainda mais os fundamentos da autuação.

Mesmo que tal prova tivesse sido realizada, o fato é que convenções particulares, como bem anotado pela decisão recorrida, não são oponíveis ao Fisco, nos precisos termos do art. 123 do CTN.

Finalmente, cabe registrar que a 1ª Câmara deste 2º CONSELHO DE CONTRIBUINTES, em acórdão unânime com voto condutor do ilustre Conselheiro JORGE FREIRE, negou provimento ao recurso da Contribuinte e manteve integralmente o lançamento do de IPI que tem por objeto os mesmos fatos que ensejaram a presente autuação. Referido acórdão recebeu a seguinte ementa:

“IPI – NÃO EXPORTAÇÃO. Restando provado que não houve a exportação a que faz menção os documentos fiscais que deram ensejo a saída da mercadoria com suspensão do IPI, devem os tributos suspensos serem exigidos, nos termos do que dispõe o art. 35, II, do RPI/82. Não interessa ao direito tributário quem deu causa a não exportação ou os termos das cláusulas negociais, que

 12



Processo nº : 13873.000087/99-56
Recurso nº : 112.657
Acórdão nº : 202-14.918

será debatido no devido foro, que não este. Recurso ao qual se nega provimento.”

(Ac. 201-76.607, 2º C. C., 1ª Câm., Rel. Cons. Jorge Freire, j. em 04.12.2002)

Do voto do ilustre Conselheiro JORGE FREIRE, colhe-se o seguinte e elucidativo excerto:

“Sem embargo, a questão de fundo é apenas uma: houve ou não houve a exportação? A empresa acostou aos autos uma profusão de documentos para atestar que houve a exportação, sem articulá-los suficientemente. Por outro lado, quis esquivar-se de sua responsabilidade pela não exportação. A mim resta perfeitamente provado que exportação não houve, pois assim manifestou-se a suposta transportadora que negou ser seu o carimbo no verso das notas fiscais. A agência marítima também atestou que não encontraram a cópia dos conhecimentos solicitados que constavam no despacho de exportação e que tais mercadorias não foram embarcadas nos navios por ela agenciados. De igual sorte, a Superintendência dos Portos de Paranaguá e Antonina afirmou peremptoriamente que em relação as mercadorias constantes de faturas declaradas nos despachos de exportação, que elas não foram faturadas, uma vez que não foram embarcadas nos navios que foi declarado.

Por sua vez, os contratos de câmbio e seu fechamento nada comprovam a seu favor. Ao contrário, sempre o suposto recebimento de moeda estrangeira foi em traveller check ou em espécie, o que, a meu ver é um indício que depõe contra si. Por isso, que pouco ou nada importa ao deslinde do feito sabermos se tal valor foi contabilizado ou não pela empresa. Demais disso, é de ser salientado que todos os fechamentos de câmbio deram-se mesmo antes do embarque, o que, mormente tratando-se de mercadoria que não tem longa vida útil, não é praxe.

Quanto às assertivas da defendente que sua responsabilidade finda-se no instante em que colocou as mercadorias ao dispor do comprador, sob a ótica tributária não tem reflexos. Como bem apontaram as autoridades diligenciantes, os acordos particulares não tem o condão, relativamente à responsabilidade pelo pagamento de tributos, de serem opostos à Fazenda Pública para modificar a definição legal do sujeito passivo. Por tal, pouco interessa ao direito tributário a forma avençada da exportação, se posto na fábrica ou sob outra forma. (...).

Com efeito, provado que não houve exportação, que é minha forte convicção, é mera tergiversação querer discutir-se a quem compete a culpa por tal, pois, cediço, a responsabilidade por infração a legislação tributária independe da intenção do agente. Assim, se a empresa cometeu ou não crime contra a ordem tributária, que a defesa em repetidos momentos assevera que não, é discussão para outro foro que não o nosso, quando aí sim poder-se-á perquirir do elemento animico na formação da culpa.



Processo nº : 13873.000087/99-56
Recurso nº : 112.657
Acórdão nº : 202-14.918

Em termos objetivos o que temos é a cobrança de IPI porque a mercadoria saiu com suspensão daquele tributo (RIPI/82, art. 36, VIII) tendo em vista sua destinação, qual seja, a exportação para o exterior. Temos, portanto, uma condição resolutive que se resolve ou pela exportação, quando convalida-se a suspensão, ou pela comprovação da não exportação, quando deve ser lançado o valor do tributo suspenso, nos termos do que dispõe o art. 35, II, do RIPI/82, vigente à época do lançamento e dos fatos. O que interessa ao direito tributário é o fato não exportação, sendo irrelevante para ele quem deu causa a este fato.

Por conseguinte, quem deu margem à averbação indevida do embarque no SISCOMEX é assunto para outra seara. Quero crer que as autoridades competentes devem estar apurando a causa e os causadores de tal ilícito, e se não estão devem, mas para o deslinde deste litígio não interessa, uma vez comprovada a não exportação, que é o âmago da discussão.

Assim, forte em todo o exposto, restando convicto que não houve a exportação das mercadorias que ensejaram a presente exação, NEGO PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO.”

Em outros julgados envolvendo o mesmo contribuinte e tratando de fatos muitíssimo similares ao presente, a 1ª Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes manteve os lançamentos atacados:

“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.”

(Ac. 201-76.369, Rel. Cons. Gilberto Casulli)

“PIS – FALTA DE RECOLHIMENTO – EXPORTAÇÃO NÃO COMPROVADA – MULTA – JUROS - Lavrado o auto de infração, a 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 da contribuinte. A multa de 150% é cabível nos casos de evidente intuito de fraude. Nos termos do art. 161, § 1º, do CTN (Lei nº 5.172/66), se a lei não dispuser, de modo diverso, a taxa de juros será de 1%. Como a Lei nº 8.891/95, c/c o art. 13 da Lei nº 9.065/95, dispôs de forma diversa, é de ser mantida a Taxa SELIC.



Processo nº : 13873.000087/99-56
Recurso nº : 112.657
Acórdão nº : 202-14.918

Recurso Negado.

(Ac. 201-76.171, Rel. Cons. Antonio Mário)

Irreparável, neste ponto, a decisão recorrida.

Insurge-se a Contribuinte, ainda, contra a exigência de multa agravada e juros calculados segundo a variação da Taxa SELIC, alegando que os pressupostos para o agravamento da multa não se encontrariam presentes e que a exigência de juros com base na indigitada taxa seria inconstitucional e ilegal.

Quanto ao agravamento da multa, adoto os judiciosos fundamentos da decisão recorrida, que, após transcrever a legislação aplicável, assim se pronunciou a respeito:

"As circunstâncias que exsurgem dos autos revelam o inequívoco intuito de fraude, pois as operações simuladas de exportação de cerveja objetivaram impedir o conhecimento das circunstâncias materiais do fato gerador por parte do fisco, já que a receita de vendas para o mercado externo é isenta da contribuição.

A presença do dolo é evidente, pois dos três sujeitos envolvidos nas operações, a impugnante é o único que teria motivos para determinar o desvio da mercadoria, uma vez que o tributo "economizado" representa um montante significativo. Importador e transportadores não têm esse tipo de interesse.

Ao colacionar os acórdãos do Conselho de Contribuintes a impugnante muda de estratégia: deixa de negar a existência do fato e passa a negar a autoria, sugerindo que a mercadoria possa ter sido desviada por terceiros.

Mas é evidente que isso não ocorreu, caso contrário a empresa teria tomado atitudes junto à polícia e aos transportadores, pois não iria correr o risco de uma autuação pela Receita Federal por deixar o Siscomex em aberto e ainda por cima ficar sem a carga e sem o dinheiro, uma vez que o importador chileno não pagou por aquilo que não recebeu.

O exame percuciente das notas fiscais anexas revela que o transporte da cerveja foi executado por pelo menos oito transportadores diferentes, entre pessoas físicas e jurídicas domiciliadas nos mais diversos pontos do país. Não é plausível acreditar que todos eles tenham sido vítimas de roubo ou que formaram uma quadrilha para roubar a empresa, mesmo porque não existe nenhuma notícia de que isso tenha ocorrido.

Além do mais, deve ficar registrado que a maioria das notas fiscais aqui acostadas foram irregularmente preenchidas, já que deixou de constar o nome do transportador, respectivo endereço e placa do veículo,

 15



Processo nº : 13873.000087/99-56
Recurso nº : 112.657
Acórdão nº : 202-14.918

conforme os requisitos mínimos exigidos pela Lei n.º 4.502/1964, art. 48, VIII, combinado com o Regulamento do Imposto Sobre Produtos Industrializados, art. 242, XIII, verbis:

(...)

Os acórdãos do Conselho de Contribuintes colacionados pela defendente, deram ganho de causa aos contribuintes porque num deles a fiscalização não logrou demonstrar o desvio da mercadoria e, no outro, o desvio ocorrera em razão de circunstância alheia à vontade do remetente (roubo).

No caso presente, muito pelo contrário, além da empresa não ter comprovado a verificação de nenhuma circunstância alheia à sua vontade (o ônus da prova cabe a quem alega), a fiscalização produziu provas do desvio na destinação, pois os despachantes informaram expressamente que a mercadoria não embarcou para o exterior nos navios e nas datas em que deveria ter embarcado.

Os acórdãos do Tribunal de Impostos e Taxas do estado de São Paulo, colacionados pela defesa, são impertinentes ao que aqui se discute, já que se referem a exportações efetuadas por empresas comerciais exportadoras.”

Finalmente, a exigência de juros calculados segundo a variação da Taxa SELIC, se deu em estrita observância ao disposto no artigo 13 da Lei nº 9.065/1995.

Como o referido dispositivo legal não teve sua inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal, tenho por inviável, nos estreitos lindes do contencioso administrativo, afastar-lhe a aplicação, por faltar competência a este Colegiado para afastar a aplicação de lei ao argumento de sua inconstitucionalidade, conforme reconhecido por pacífica jurisprudência administrativa:

“PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU - NULIDADE - (...).

PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - NEGATIVA DE EFEITOS DA LEI VIGENTE - COMPETÊNCIA PARA EXAME - Estando o julgamento administrativo estruturado como uma atividade de controle interno dos atos praticados pela administração tributária, sob o prisma da legalidade e da legitimidade, não poderia negar os efeitos de lei vigente, pelo que estaria o Tribunal Administrativo indevidamente substituindo o legislador e usurpando a competência privativa atribuída ao Poder Judiciário.

INCONSTITUCIONALIDADE - A autoridade administrativa não tem competência para decidir sobre a constitucionalidade de leis e o contencioso administrativo não é o foro próprio para discussões dessa natureza, haja

 16



Processo nº : 13873.000087/99-56
Recurso nº : 112.657
Acórdão nº : 202-14.918

vista que a apreciação e a decisão de questões que versarem sobre inconstitucionalidade dos atos legais é de competência do Supremo Tribunal Federal.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - NORMAS PROCESSUAIS - AÇÃO JUDICIAL E ADMINISTRATIVA CONCOMITANTES - (...).

Recurso não conhecido."

(1º C.C., 5ª Câ., Ac. 105-13.357, Rel. Álvaro Barros Moreira Lima, v. u., j. em 8.11.2000)

"NORMAS PROCESSUAIS - DISCUSSÃO JUDICIAL CONCOMITANTE COM O PROCESSO ADMINISTRATIVO. (...).

ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS - A competência julgadora dos Conselhos de Contribuintes deve ser exercida com cautela, pois a constitucionalidade das leis sempre deve ser presumida. Portanto, apenas quando pacificada, acima de toda dúvida, a jurisprudência, pelo STF, é que haverá ela de merecer a consideração da instância administrativa.

(...)

Recurso provido em parte."

(1º C.C., 1ª Câ., Ac. 101-93.572, Rel. Sandra Maria Faroni, v. u., j. em 21/08/2001)

"NORMAS PROCESSUAIS - INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS - As autoridades administrativas, incluídas as que julgam litígios fiscais, não têm competência para decidir sobre argüição de inconstitucionalidade das leis, já que, nos termos do art. 102, I, da Constituição Federal, tal competência é do Supremo Tribunal Federal. (...)

Recurso a que se nega provimento."

(2º C. C., 1ª Câ., Ac. 201-75.733, Rel. Serafim Fernandes Côrrea, v. u., j. em 22.01.2002)

"NORMAS PROCESSUAIS - INCONSTITUCIONALIDADE - À autoridade administrativa não compete rejeitar a aplicação de lei sob a alegação de inconstitucionalidade da mesma, por se tratar de matéria de competência do Poder Judiciário, com atribuição determinada pelo artigo 102, I, 'a', e III, 'b', da Constituição Federal. (...).

Recurso a que se nega provimento."

(2º C.C., 2ª Câ., Ac. 202-12.861, Rel. Ana Neyle Olympio Holanda, v. u., j. em 21.3.2001)

"NORMAS PROCESSUAIS. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. As autoridades administrativas não têm competência para apreciar argüição de inconstitucionalidade de lei. Referida competência é privativa do Supremo Tribunal Federal (arts. 97 e 102, III, b, da Constituição Federal). Preliminar rejeitada. (...).

 17



Processo nº : 13873.000087/99-56
Recurso nº : 112.657
Acórdão nº : 202-14.918

Recurso provido.”

(2º C.C., 3ª Câm., Ac. 203-08.132, rel. Lina Maria Vieira, v. u., j. em 17/04/2002)

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso voluntário.

É como voto.

Sala das Sessões, em 01 de julho de 2003

EDUARDO DA ROCHA SCHMIDT