



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº : 11128.005771/2003-24
Recurso nº : 133.873
Acórdão nº : 302-37.913
Sessão de : 24 de agosto de 2006
Recorrente : FULL TRADING COM. LTDA.
Recorrida : DRJ/SÃO PAULO/SP

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. CONCOMITÂNCIA DE PROCESSOS JUDICIAL E ADMINISTRATIVO. INEXISTÊNCIA.

Inexiste concomitância de processos judicial e administrativo, porquanto a matéria objeto de ação judicial de mandado de segurança fora impetrado por outra empresa, diversa da recorrente, com objeto distinto da lide administrativa. Houve confusão entre terceiro beneficiário por decisão judicial e terceiro interveniente em ação judicial, daí porque outra decisão deve ser proferida, enfrentando o mérito da controvérsia, sem o vício apontado.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, afastar a preliminar de concomitância, com processo judicial determinando-se o retorno dos autos à Repartição de Origem para que esta se pronuncie sobre as demais questões de mérito, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


JUDITH DO AMARAL MARCONDES ARMANDO
Presidente


CORINTHO OLIVEIRA MACHADO
Relator

Formalizado em:

19 SET 2006

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Elizabeth Emílio de Moraes Chieregatto, Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro, Mércia Helena Trajano D'Amorim, Luciano Lopes de Almeida Moraes, Luis Antonio Flora e Luis Alberto Pinheiro Gomes e Alcoforado (Suplente). Ausente o Conselheiro Paulo Affonseca de Barros Faria Júnior. Esteve presente a Procuradora da Fazenda Nacional Maria Cecília Barbosa.

Processo nº : 11128.005771/2003-24
Acórdão nº : 302-37.913

RELATÓRIO

Adoto o relato do órgão julgador de primeira instância até aquela fase:

“Trata o presente de Auto de Infração lavrado em 17/09/2003, para a cobrança da CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO – CIDE, instituída pela Lei 10.336, de 19 de dezembro de 2001.

Consta do processo que a empresa FULL TRADING E COMÉRCIO LTDA. promoveu a importação através das Declarações de Importação relacionadas na planilha de fls. 02 do Auto de Infração, todas de 09/06/2003, o produto descrito como “GASÓLEO – ÓLEO DIESEL”, classificando-o no código tarifário 2710.19.21, com alíquota zero para o Imposto de Importação e, não tributado pelo Imposto sobre Produtos Industrializados.

Nada obstante, o produto está sujeito ao recolhimento da CIDE pela alíquota específica de R\$ 218,00 por metro cúbico importado, a partir de 01 de janeiro de 2003 por determinação do Decreto nº 4.565, de 01/01/2003.

Ocorre que, quando das importações acima citadas o importador deixou de recolher os valores devidos, informando no campo “Dados complementares” das Declarações de Importação, o seguinte:

“...VALOR DA CIDE (...) JÁ RECOLHIDO À RECEITA FEDERAL COMO CONSTA DO SIAFE EMITIDO PELA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL EM CABO DE SANTO AGOSTINHO MEDIANTE O PROCESSO DE Nº 13401000217/2002-19.”

Nas retificações seguintes, a Full Trading apresentou cópia da AMS (Apelação em Mandado de Segurança) nº 81129-PE, de 10/06/2003, do Tribunal Regional Federal da 5ª REGIÃO, 1ª Turma, autorizando a compensação, juntando cópia das Licenças de Importação, a Declaração de Compensação e os respectivos DARFs, emitidos pela Delegacia da Receita Federal de Santos Agostinho/PE, fls. 111/115 (nesta ação consta como Apelante Usina Bom Jesus S/A e como Apelada Fazenda Nacional).

Processo n° : 11128.005771/2003-24
Acórdão n° : 302-37.913

Ocorre que USINA BOM JESUS S/A, em sessão de julgamento realizada no dia 29/05/2003, no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, de acordo com os documentos de fls. 109/110, teve reconhecido o seu direito à utilização de créditos de IPI, sendo reconhecido também, a possibilidade de compensação dos referidos créditos com débitos oriundos de tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, próprios e/ou de terceiros.

Em 10/07/2003, através do Ofício n° 29/2003 – GPV, fls. 91, do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, emitido pelo Exmo Sr. Desembargador Federal Napoleão Nunes Maia Filho, foi encaminhado a Delegada da Alfândega do Porto de Santos, cópia da decisão proferida pela egrégia Corte Regional, em 08/07/2003, nos autos da AMS 81.129-PE, Processo n° 2002.83.00.000214-5, onde se lê: restou assegurado o direito da empresa Usina Bom Jesus S/A, de aproveitar, inclusive na modalidade de compensação com débitos de terceiros, os créditos que possui a título de IPI, tendo o ilustre Delegado da Receita Federal em Cabo de Santo Agostinho/PE, expedido os respectivos DARFs/SIAFI, em cumprimento da dita ordem.” Cópia da decisão às fls. 94/106.

Consta, também às fls. 114 determinação do Exmo Sr. Desembargador Federal, de 10/06/2003, a respeito das compensações requeridas:

“determino a notificação da autoridade impetrada para que, no período de 24 (vinte e quatro) horas, a contar de seu recebimento, cumpra o acórdão de fls. 459/475, pelo menos procedendo, no mesmo prazo, e preferencialmente, às compensações requeridas pela FULL TRADING E COMÉRCIO LTDA, demonstradas às fls. 487/488 e referentes aos pedidos de ressarcimento...”

Por força desta determinação judicial, após emitido o laudo referente à Solicitação de Assistência Técnica e retirada de amostra para exame laboratorial, foi realizado o desembaraço das Declarações de Importação citadas às fls. 02, seguidamente foram as mesmas encaminhadas ao Grupo de Lavratura de Autos de Infração, Análise de Processos e Vistoria-GLAP, para prosseguimento.

DAS REVOGAÇÕES DAS DECISÕES PROFERIDAS

Em 28/07/2003, é encaminhado a Delegada da Receita Federal em Santos, fls. 118, Ofício de n° 027/2003, do Senhor Desembargador Federal, Luiz Alberto Gurgel de Faria, comunicando a sua decisão em anexo, nos autos da Apelação em Mandado de Segurança n° 81.129-PE, de fls. 119/123. Assim dispõe àquela decisão: ✓

Processo nº : 11128.005771/2003-24
Acórdão nº : 302-37.913

“USINA BOM JESUS S/A, “em regime de urgência”(fls. 678/681) requer a expedição de ofícios, a serem transmitidos via fac-simile, aos Srs. Inspectores dos Portos de São Luis/MA e Vitória/ES, a fim de que os mesmos reconheçam, como comprovantes do pagamento da CIDE devida pela FULL TRADING E COMÉRCIO LTDA, os DARFs SIAFI emitidos pela Delegacia da Receita Federal de Cabo de Santo Agostinho/PE...

A suplicante alega que:

- a)
- b)
- c) a empresa cessionária, ao se defrontar com as autoridades alfandegárias dos Portos de Vitória/ES, São Luiz/MA, Santos/SP e Paranaguá/PR, teve recusados os comprovantes de pagamento da CIDE que foram objeto de compensação, sob o argumento, dentre outros, de que não integravam o pólo passivo do writ;
- d)
- e) apenas as autoridades alfandegárias dos portos de Santos/SP e Paranaguá/PR liberaram o combustível mantendo-se inertes as de Vitória e São Luiz/MA;

Passo a decidir.

.../...

Pois bem, acatou-se um crédito de mais de TRINTA MILHÕES DE REAIS (transferindo-se mais de VINTE E QUATRO MILHÕES DE REAIS PARA terceiros) porque a declaração da empresa foi feita sob as penas do crime de sonegação fiscal. Ora, no mandado de segurança em exame não há um único documento que possa revelar que o crédito do IPI relativamente aos insumos adquiridos com isenção, não tributação e alíquota zero alcance tão vultosa cifra. Aliás, não há uma nota fiscal que possa identificar a compra de insumos a ensejar o crédito sequer de UM REAL.

Não há aqui, destaque-se logo, qualquer crítica ao acórdão emanado pela eg. 1ª Turma deste Sodalício, até mesmo porque não caberia a este magistrado fazê-lo, sendo certo que eventual inconformismo contra o mesmo deverá ser formulado pela União Federal através dos meios próprios.

O que se está a ressaltar é o procedimento adotado para o cumprimento de tal decisão, SEM NUNCA SER OPORTUNIZADO O DIREITO DA UNIÃO SE PRONUNCIAR, ✓

Processo nº : 11128.005771/2003-24
Acórdão nº : 302-37.913

principalmente levando em consideração que o Código Tributário Nacional, em seu art. 170-A, com a redação que lhe foi dada pela Lei Complementar nº 104/2001, é expresso ao proibir a compensação de tributos antes do trânsito em julgado da decisão, *in verbis*:

.../...

É do conhecimento de todos as dificuldades econômicas atravessadas pela nossa nação e, em especial, a ausência de recursos públicos para as necessidades mais prementes como saúde, segurança e educação e, apesar disso, neste processo, admite-se o pagamento de tributos, especificamente a CIDE, mediante compensação, em quantia de mais de VINTE E QUATRO MILHOES DE REAIS, liberando-se o combustível correspondente, quando a lei não autoriza tal agir, e sem dar à União, renove-se mais uma vez, sequer o direito de se insurgir, em tempo hábil, contra tal decisão.

Em face desses argumentos, verifico que a pretensão não merece ser acolhida e que as decisões de fls. 481 e 543/547 não de ser revogadas.

Assim sendo, INDEFIRO O PEDIDO DE FLS. 678/681 E REVOGO AS DECISÕES DE FLS. 481 E 543/547.

.../..."

Diante da decisão do Sr. Desembargador Federal, a Alfândega do Porto de Santos determinou ao recinto depositário que, até segunda ordem, sustasse a entrega da mercadoria despachada e desembaraçada, através das Declarações de Importação anteriormente citadas, mas ainda não retiradas fisicamente pelo importador. Portanto, uma parte do produto importado pela interessada, permanece nos tanques do recinto depositário alfandegado.

Diante da presente situação, a fiscalização em 17/09/2003, lavrou o Auto de Infração de fls. 01/11, para a cobrança da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE – COMBUSTÍVEIS, onde está sendo cobrado também a multa do artº 44, inciso I da Lei 9430/96 e juros de acordo com o artº 61, § 3º, da mesma Lei.

Ciente em 13/11/2003, em 10/12/2003, a autuada, tempestivamente, apresentou a impugnação de fls. 129/144, e anexos de fls. 145/216, onde, em síntese, alega: ✓

Processo nº : 11128.005771/2003-24
Acórdão nº : 302-37.913

1. Agindo nos estritos termos do quanto decidido nos autos da Apelação em Mandado de Segurança de nº 81129-PE, adquiriu da USINA BOM JESUS S/A, créditos de tributos federais para a compensação com seus tributos;

2. No dia 25/07/2003, o Plantonista da Turma de Férias, Senhor Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria, surpreendentemente, decidiu revogar, apenas e tão somente as decisões de fls. 481 e 543/547, que tratavam das sanções acerca do não cumprimento do acórdão. O acórdão decorrente do julgamento da Colenda Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, permaneceu plenamente válido e não sofreu qualquer revogação.

3. Não se pretende aqui discutir e rediscutir o que já vem sendo amplamente debatido na via judicial própria;

4. Entendeu o nobre fiscal que a decisão do Desembargador da Turma de Férias teve como efeito a revogação do julgado e não simplesmente das posteriores decisões que tiveram por finalidade dar-lhe efetiva e imediata execução.

5. Nem se argumente com o disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional no sentido da necessidade do trânsito em julgado para que se aperfeiçoe a compensação.

6. Requer a nulidade do auto de infração e, não sendo este o entendimento de Vossa Senhoria, contudo, pede o acolhimento da presente para afastar da autuação a multa e juros de mora como medida da mais lúdima.

O enquadramento legal do lançamento consta das folhas 05 do Auto de Infração.”

A DRJ em SÃO PAULO II/SP julgou procedente o lançamento, e a ementa ficou assim vazada:

“Assunto: Outros Tributos ou Contribuições

Data do fato gerador: 09/06/2003

Ementa: CIDE. CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL.

Não se toma conhecimento da impugnação no tocante à matéria objeto de ação judicial de mandado de segurança, com liminar concedida, devendo-se manter a penalidade lançada em virtude de ter sido revogada essa liminar sem o posterior recolhimento espontâneo da contribuição.

Lançamento Procedente.”

Processo nº : 11128.005771/2003-24
Acórdão nº : 302-37.913

Discordando da decisão de primeira instância, foi interposto o recurso voluntário, fls. 250 e seguintes, onde requer, em preliminar a nulidade da decisão de primeiro grau; alternativamente, a suspensão da exigibilidade do crédito, pois o mandado de segurança está em fase de recurso especial (sem efeito suspensivo); e no mérito, faz preleção em prol do seu pleito para afastar os juros SELIC e reduzir a multa de ofício.

A Repartição de origem direcionou os autos a este Terceiro Conselho, conforme indicado no despacho de fl. 436, considerando a presença da garantia recursal. ✓

É o relatório.

Processo nº : 11128.005771/2003-24
Acórdão nº : 302-37.913

VOTO

Conselheiro Corinto Oliveira Machado, Relator

Em preliminar, ao meu sentir, cumpre aprofundar a análise do contencioso, pois o voto vencido fornece-nos meios para que reparos sejam feitos, sob a ótica processual, e em função disso, sinto-me no dever de submeter aos meus pares uma série de considerações acerca da decisão *a quo* que ensejou o recurso em apreço.

Primeiramente, cumpre dizer que o voto vencedor do Acórdão DRJ/SPOII nº 10.004/2004, fls. 232/247, confunde terceiro beneficiário por decisão judicial com terceiro interveniente em ação judicial. Isso evidencia-se quando da leitura do segundo parágrafo da fl. 244, em que o i. Redator do voto vencedor diz: *“Não existe a menor dúvida de que a interessada, efetivamente, passou a fazer parte da ação apelatória de Mandado de Segurança, uma vez que provocou o Judiciário a incluí-la na ação.”*

Em verdade, a ora recorrente foi beneficiada indiretamente, por decisão judicial em favor da empresa USINA BOM JESUS S/A, a qual teve reconhecido o seu direito à utilização de créditos de IPI, sendo reconhecida, também, a possibilidade de compensação dos referidos créditos com débitos oriundos de tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, próprios e/ou de terceiros, e aí ela se encaixa.

Para não alongar, peço vênias para trazer à lume as sábias palavras da i. Relatora AFRF REGINA COELI DE VASCONCELOS LOUVISE no particular:

“De acordo com o que consta dos autos USINA BOM JESUS S/A obteve perante o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, AMS 81.129-PE (2002.83.00.000214-5), reconhecido o seu direito de utilização de créditos de IPI, e também a possibilidade de compensação dos referidos créditos com débitos oriundos de tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, próprios e/ou de terceiros.

A decisão de fls. 114, determinou que fossem procedidas às compensações requeridas pela FULL TRADING E COMÉRCIO LTDA, demonstradas às fls. 487/488, da AMS 81.129-PE (2002.83.00.000214-5), onde a Apelante é a Usina Bom Jesus S/A e a Apelada Fazenda Nacional.

A impugnante alegou que a USINA BOM JESUS inscreveu o crédito em nome da cessionária, ora impugnante, tornando tal crédito compensável com o pagamento da CIDE na importação de

Processo nº : 11128.005771/2003-24
Acórdão nº : 302-37.913

combustíveis nos estritos termos do decidido nos Autos da Apelação em Mandado de Segurança nº 2002.8300.000214-5 (A M S nº 81129-PE), não se podendo discutir administrativamente o que vem sendo discutido judicialmente.

O Código de Processo Civil, em seu artº 301, 2º, dispõe:

“§ 2º - Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.”

No caso, deve-se considerar a autonomia processual em razão da causa de pedir. Não se pode confundir o processo de constituição e exigência do crédito tributário com o de restituição ou compensação de seu objeto. Enquanto aquele trata de exigência imposta ao sujeito passivo daquilo que o ente tributante entende devido, este tem por objetivo recuperar pagamentos indevidos ou a maior, em razão de direitos alegados pelos contribuintes. As situações são distintas, requerendo procedimentos igualmente distintos.

Também a ora impugnante não é parte naquela ação, não cabendo aqui considerar a concomitância, devendo a lide ser decidida de modo diverso do pretendido pela interessada, ou seja, administrativamente.

Somente é parte aquele que propõe a demanda ou em face de quem essa demanda é proposta, os demais intervenientes são considerados terceiros.

Este também foi o entendimento das autoridades alfandegárias dos Portos de Vitória/ES, São Luis/MA, Santos/SP e Paranaguá/PR, como consta no relato da decisão de fls. 118/123, de 25 de julho de 2003, onde aquelas autoridades alfandegárias recusaram os comprovantes de pagamento da CIDE, apresentados pela ora impugnante, que foram objeto de compensação, sob o argumento, entre outros, de que não integrava o pólo passivo do *writ*.

O ADN COSIT nº 03, de 14 de fevereiro de 1996, dispõe em sua alínea b):

“b) quando diferentes os objetos do processo judicial e do processo administrativo, este terá prosseguimento normal no que se relaciona à matéria diferenciada.”

Nesse sentido observe-se a jurisprudência administrativa:

“COMPENSAÇÃO - O pedido de compensação segue os trâmites previstos na Lei nº 9.430/96 e Instruções Normativas SRF nºs 21/97 e 73/97 não podendo ser aceito como argumento de defesa em processo de formalização de exigência de crédito tributário, ✓

Processo nº : 11128.005771/2003-24
Acórdão nº : 302-37.913

principalmente se o contribuinte não comprova ter créditos a compensar e/ou ter feito compensações anteriormente ao auto de infração.” (Ementa do Acórdão nº 201-73.491 da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes. Sessão de 25/01/2000)

“COMPENSAÇÃO - Inadmissível como matéria de defesa, pautando-se por procedimento administrativo próprio.” (Ementa do Acórdão nº 201-74.810 da primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes. Sessão de 19/06/2001. Publicada no DOU de 26/10/2001, p. 19).

Assim, é preciso comprovar o direito ao crédito e documentar a compensação. Isso não foi feito pelo contribuinte.”

Nessa moldura, a decisão recorrida, ao meu sentir, tangenciou a questão principal, não conhecendo integralmente do auto de infração, e declarando a definitividade do crédito tributário por haver concomitância de processos, quando esta não existe realmente.

Superada a preliminar, adoto as razões de decidir do voto vencido:

“A Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico-CIDE, incidente sobre a importação e a comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados, e álcool etílico combustível, foi instituída pela Lei nº 10.336, de 19 de março de 2001.

Assim, tendo a FULL TRADING efetuado a importação sem o pagamento da CIDE, conforme ficou acima demonstrado, é cabível o lançamento do valor da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE, incidente quando da importação de “GASÓLEO-ÓLEO DIESEL”, por meio das DI’s relacionadas às fls. 02 do Auto de Infração, todas de 17/06/2003, por não ter a mesma recolhido o valor então devido, informando já ter recolhido a Receita Federal mediante compensações autorizadas judicialmente e posteriormente revogadas, e que também não é o objeto da presente autuação.

Da Multa de Ofício.

Quanto a multa do art. 44, I, da Lei 9.430/96, tendo em vista que o tributo não foi pago no seu vencimento, esta é cabível conforme determinação desse artigo:

“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

Processo nº : 11128.005771/2003-24
Acórdão nº : 302-37.913

prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos casos de declaração inexata...”

Dos Juros de Mora

O artigo 61, § 3º da Lei 9.430/96 estabelece que sobre os débitos com a União incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º da mesma Lei, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento, e de 1º (um por cento) no mês do pagamento, com a utilização da Taxa SELIC para fins de atualização dos débitos para com a União.

O pagamento da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico incidente sobre a importação deve ser efetuado na data do registro da DI segundo o art. 6º da Lei nº 10.336. Não tendo isso ocorrido, são cabíveis os juros de mora.”

No vinco do quanto exposto, voto no sentido de PROVER O APELO VOLUNTÁRIO, para afastar a preliminar de concomitância de processos judicial e administrativo, determinando que os autos retornem à primeira instância, para que outra decisão seja proferida, enfrentando o mérito da controvérsia, em boa forma e sem o vício apontado.

Sala das Sessões, em 24 de agosto de 2006


CORINTHO OLIVEIRA MACHADO - Relator