



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 12689001984/2006-37
Recurso nº 141.112
Resolução nº 3201-00.095 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Data 19 de outubro de 2009
Assunto Solicitação de Diligência
Recorrente PETRÓLEO BRASILEIRO S A-PETROBRAS
Recorrida DRJ-FORTALEZA-CE

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

RESOLVEM os membros da 2ª Câmara/1ª Turma Ordinária da Terceira Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, converter o Julgamento do recurso em diligência proposta pela Conselheira Mércia Helena Trajano D'Amorim, nos termos do voto da Redatora.


JUDITH DO AMARAL MARCONDES ARMANDO

Presidente


MÉRCIA HELENA TRAJANO D'AMORIM

Redatora Designada

Participaram, ainda do presente julgamento os Conselheiros Mércia Helena Trajano D'Amorim, Luciano Lopes de Almeida Moraes, Ricardo Paulo Rosa, Marcelo Ribeiro Nogueira e Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro. Fez sustentação oral o advogado Igor Vasconcelos Saldanha OAB 2019/DF. Fez sustentação oral o Procurador Péricles Leite Patriota.

Relatório

O interessado acima identificado recorre a este Conselho de Contribuintes, de decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Fortaleza/CE.

Versa a matéria sobre a exigência de recolhimento de Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (Cide-combustível), acrescida de multa de ofício de 75% e juros de mora, além da multa de 1% sobre o valor aduaneiro por quantificação incorreta da mercadoria na unidade de medida estatística estabelecida pela SRF (art.84-II, MP 2.158-35/01), consoante consta de auto de infração (fls. 02/21).

A contribuinte em epígrafe realizou 65 importações de nafta petroquímica e duas de outras naftas, classificadas na tabela NCM sob os códigos 2710.1141 e 2710.11.49, respectivamente, no período de janeiro/02 a julho/06, conforme DI's descritas às fls. 03/04, com isenção de tributos, conforme o § 4º do art. 5º da Lei nº 10.336/01.

Instada a explicitar o motivo do não recolhimento do tributo devido, conforme entendeu a fiscalização, informou que toda a nafta objeto de questionamento teve a sua revenda destinada à Indústria Petroquímica e comercializada junto a BRASKEM S/A (código 9331).

Ocorre que o sistema SINAL acusou o recolhimento da Cide –combustível com o código de receita 9438, motivo pelo qual se deu a intimação da contribuinte sobre os correspondentes fatos geradores (fls. 30/31), quando a mesma apresentou demonstrativo (fls. 32/33) referente a gasolina para aviação e propano, para os quais houve recolhimento da Cide, levando a fiscalização a inferir que os recolhimentos afetuosos não se relacionavam com as importações de nafta objeto da querela.

A isenção da CIDE é prevista na importação de nafta petroquímica que não seja destinada a formulação de gasolina e diesel, conforme disposto no § 4º do art. 5º da Lei nº 10.336/01. Entretanto, a fiscalização concluiu que, mesmo se tratando de nafta importada pela Petrobrás para a Braskem, segundo contrato, para uma central petroquímica, o importador quando indagado acerca da operação, não logrou comprovar a destinação do produto importado, fato este que ensejou a presunção de que trata o § 5º do mesmo artigo retromencionado, levando ao entendimento de que a importadora não efetuou o pagamento da Cide, instituída pela Lei nº 10.336/01 e posteriores alterações, normatizadas pelo art. 2º da IN SRF nº 422/04, lavrando o respectivo auto de infração.

A autuada discordando do feito o impugnou às fls. 746/776, aduzindo sucintamente que a importação estava amparada por isenção (§ 4º, art. 5º, Lei 10.336/01) até o advento da Lei nº 10.833/03, quando a partir de então ficou sujeita à alíquota zero (§ 3º, art. 5º, Lei 10.336/01, com redação dada pela Lei 10.833/03, c/c o art. 1º do Dec. 4.940/03), uma vez que foi destinada à indústria química para elaboração de produtos diferentes de gasolina ou diesel; bem assim que não houve erro quanto à unidade de medida de estatística utilizada, que a legislação determina que o produto seja quantificado em metros cúbicos (m³), o que de fato foi feito.

A título de elementos de prova material com vistas a elidir a presunção argüída, apresentou as notas fiscais de revenda dos produtos importados à Braskem, o contrato de compra e venda dos mesmos celebrado à época com a COPENE, atual Braskem, para a aquisição de matéria prima (fornecimento de nafta e de gásóleo para indústria petroquímica), além de declaração desta empresa informando que no período de apuração compreendido entre

2002 e 2006, a nafta adquirida da Petrobrás destinou-se integralmente ao processamento de produtos petroquímicos, não sendo utilizada para a formulação de gasolina ou diesel.

Ainda no intuito de comprovação do destino da nafta a Impugnante colacionou aos autos notas fiscais de venda à Braskem, de cujo corpo constava a informação de que a nafta a ela revendida não seria destinada à produção de gasolina ou diesel, bem assim esclarecendo que a Braskem não é formuladora, posto que não autorizada pela Agência Nacional de Petróleo – ANP, o que afastaria a presunção de que a nafta foi destinada à produção de gasolina.

A Impugnante argüiu pela inaplicabilidade da presunção prevista na IN SRF nº 422/04, das multas de ofício e de 1% sobre o valor aduaneiro e pela indevida aplicação da lei mais gravosa (princ. Da irretroatividade), para ao final requerer pelo deferimento para a realização de perícia contábil e expedição de ofício à ANP; pela declaração de nulidade parcial do auto de infração referente ao período compreendido entre 2004 e 2006 e, não sendo acolhida a sua pretensão inicial, que seja julgada a improcedência integral do auto de infração, ou, ainda, a improcedência da multa de ofício, em caso de julgado devido o recolhimento do tributo.

O julgamento foi convertido em diligência pela Resolução nº 832/07 pela Delegacia da Receita federal de Julgamento (fls. 736/741), com vistas à verificação de quantidades de mercadoria na unidade de estatística estabelecida pela SRF e realização de ajustes que eventualmente se fizessem necessários nos casos em que tais dados não coincidam com as quantidades informadas nos laudos correspondentes, anexados a cada DI, e juntar aos autos nova tabela com os valores corretos, dando ciência do feito à Impugnante.

Às fls. 1200/1206 a contribuinte manifestou-se acerca das questões objeto da Resolução suso mencionada.

A decisão prolatada pela 2ª Turma da DRJ/FOR, por meio do Acórdão nº 08-11.700 (fls. 1239/1286), julgou o lançamento procedente, sintetizando o seu entendimento, consoante ementa adiante transcrita:

“PEDIDO DE DILIGÊNCIA E PERÍCIA.

Deve ser indeferido o pedido de diligência ou perícia, quando esta providência revelar-se prescindível para instrução e julgamento do processo.

CIDE-COMBUSTÍVEIS. CORRENTES DE HIDROCARBONETOS LÍQUIDOS. NAFTA PETROQUÍMICA.

O benefício relativo a Cide-combustíveis, na importação de nafta petroquímica e outras correntes de hidrocarbonetos líquidos, aplica-se ao importador que utilizar a mercadoria como insumo na elaboração de produtos diferentes de gasolina ou diesel.

DECLARAÇÃO DE IMPORTAÇÃO. QUANTIFICAÇÃO INCORRETA DE MERCADORIA.

A quantificação incorreta da mercadoria na unidade de medida estatística, estabelecida pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, sujeita o importador à multa de um por cento sobre o valor aduaneiro.

Lançamento Procedente.”

Ciente da decisão de primeira instância por meio da Int/ALF/SARAC 511/2007, em 20/11/07 (fl. 1289), dela recorreu em 19/12/07 (fls. 1292/1341), portanto, tempestivamente, para reiterar os termos aduzidos na exordial, complementando-os, sucintamente:

- i) A isenção atribuída ao § 4º do art. 5º da Lei nº 10.336/01, foi concebida de forma objetiva. Logo, classificar a isenção como híbrida não tem o condão de excluir o direito da Recorrente do benefício fiscal, visto que a isenção de que trata aquela Lei nº 10.336/01 é essencialmente objetiva, ainda que submetida a uma condição resolutiva. No mesmo sentido da defesa se posicionaram os autores dos votos em separado (fls. 1.271 e 1.273, 1.283).
- ii) Após classificar a isenção (fl. 1.254), o relator afirma que o benefício somente alcançaria o produto nafta petroquímica, o qual é classificado no código TEC 2710.11.41. Outrossim, ressalta que, em detrimento do disposto na parte final do art. 31 do Dec. 70.235/72, o voto condutor do acórdão não trouxe qualquer menção ao argumento da defesa no sentido de que as declarações de importação nº 03/1064301-0 e 03/1064303-6, únicas entre as arroladas no AI que indicam como importados produtos classificados no código 2710.11.49 – dizem respeito, na realidade, ao produto “nafta petroquímica”. Nem mesmo no relatório do voto esse argumento foi apontado. Ao que parece, por essa razão, os julgadores que declararam os seus votos em separado também não o apreciaram.
- iii) Em vista do exposto, a Recorrente reproduz o argumento preterido, deduzido em sua impugnação: *“Por outro lado, é preciso esclarecer que, conforme constou da consulta fiscal, as empresas exportadoras argentinas freqüentemente classificam a nafta petroquímica9+8, de forma equivocada na posição 2710.11.49 da NCM, o que causa essa discrepância entre a classificação fiscal constante na DI e a declarada no Certificado de Origem e invoices, sendo este o motivo de ter constado nas DI's nº 03/1064301-0 e 03/1064303-6, arroladas no AI, o produto importado classificado na posição 2710.11.49 da NCM, quando de fato, o produto importado foi a nafta petroquímica”*.
- iv) Em face do acima narrado houve violação ao disposto no art. 31 do Dec. 70.235/72 (a decisão deverá referir-se, expressamente, às razões de defesa suscitadas pela impugnante contra todas as exigências). Assim sendo, tornou-se aplicável a norma contida no art. 59 do mesmo diploma legal, arguindo pela sua nulidade por preterição de defesa.
- v) Argüiu que definitivamente não há na lei nenhuma exigência no sentido de que o próprio importador utilize a nafta na produção de produtos petroquímicos, muito menos que o importador constitua obrigatoriamente um central petroquímica, de acordo com o § 4º do art. 5º, da Lei nº 10.336/01.
- vi) O órgão julgador introduziu um novo fundamento na discussão do tema (que o importador deveria, ele próprio, destinar a mercadoria à

elaboração de produtos petroquímicos diferentes dos citados no *caput* do art. 5º, da Lei nº 10.336/01, razão pela qual a Recorrente não teria sido contemplada pela isenção, ante o fato de ter adquirido a nafta para revender à Braskem), em relação ao primeiro período autuado (2002 e 2003), sobre o qual não tem competência para lançar ou retificar lançamento já consumado por meio de lavratura de auto de infração, eis que a competência desse órgão restringe-se a verificar se o lançamento é ou não procedente, nos termos em que foi constituído, sob pena de frontal violação aos Princípios Constitucionais do Devido Processo Legal e da Ampla Defesa e contraditório. Entendimento esse que culminou no indeferimento da realização da prova pericial contábil e também na expedição de ofício à ANP, que demonstraria a realização das vendas efetivas, confirmaria as importações e que a Braskem é uma central petroquímica, que não formula gasolina ou diesel.

- vii) A regra isentiva (prevista no § 4º do art. 5º, da Lei nº 10.336/01) não foi interpretada literalmente, havendo violação ao disposto no art. 111, II, do CTN. Nesse sentido, menciona excerto contido na declaração de voto (fl. 1.276), postulando pela nulidade da decisão recorrida, com fulcro no art. 59 do Dec. 70.235/72. Menciona julgado em favor de sua tese (fls. 1.306/07).
- viii) Alega a inexigibilidade da Cide quanto ao primeiro período autuado (2002 e 2003), consubstanciando a sua tese de defesa através de excertos contidos nas declarações dos votos divergentes (fls. 1.270, 1.280, 1.282 e 1.283).
- ix) Igualmente o faz quanto ao segundo período autuado (2004 a 2006), consubstanciada em excertos da declaração de voto (fl. 1.282 e 1.276).
- x) Alega que em detrimento da motivação deduzida pelo órgão autuante (fl. 1256), o Relator concluiu que sendo a mercadoria importada destinada à revenda, por essa razão a importação não goza de isenção (fl. 29). Menciona jurisprudência, doutrina e excertos da declaração de voto em favor de sua tese (fls. 1.306/07, 1280, 1282 e 1283), para postular pela nulidade da decisão recorrida.
- xi) O Relator para afastar a aplicação do princípio da irretroatividade das leis, argüiu que as importações de que tratam esse processo também não são contempladas pelo benefício previsto no art. 8º-A da Lei 10.366/01, com redação dada pela Lei 11.196/05, uma vez que os hidrocarbonetos líquidos não foram utilizados como insumo pela Petrobrás para elaboração de produtos diferentes de gasolina ou diesel, e sim revendidos à Braskem. É a interpretação dada ao mecanismo de compensação – em conflito com o disposto no auto de infração.
- xii) O Relator, observou-se, afasta-se da argumentação deduzida pelo órgão autuante, que se pronunciou a respeito do mecanismo de compensação sem fazer diferenciação entre o texto original do art. 8º-A e o texto modificado pela Lei 11.196/05. Transcreve excerto da fl. 06 do AI, donde infere que o órgão autuante entendeu que à Recorrente somente

poderia se aplicar o sistema de compensação e não a alíquota zero, em virtude da suposta ausência de comprovação prévia do destino da nafta.

- xiii) Data vênica, argüi que a lei nova é mais restrita sob o aspecto subjetivo, ou seja, com relação a quem pode vir a se beneficiar do "*mecanismo da compensação*", transcrevendo o art. 8º-A em sua redação original dada pela Lei 10.833/03 e, após com a redação modificada pela Lei 11.196/05.
- xiv) Afirma que o Relator também negou o conteúdo da Informação DIANA/SRR7 (fl. 1.259), chegando a conclusão que destoa do texto dessa Informação, uma vez que o Relator concluiu que a discussão acerca da classificação é irrelevante no caso concreto, porquanto a classificação fiscal da mercadoria não é o cerne da questão, nem o fato determinante para o reconhecimento da isenção.
- xv) Ao contrário desse entendimento exarado pelo Relator, a nafta importada teve como destino o setor petroquímico. Por esse motivo há de ser reconhecida não só a isenção, mas também a dispensa do pagamento da Cide, no que diz respeito ao período autuado.
- xvi) Incorreu em erro grave o Relator por contradizer o argumento fiscal constante do AI, pela recusa em afastar a sua aplicação, e por fazer valer fundamento distinto da autuação quando exigiu o tributo com base na IN SRF 422/04, uma vez que a presunção prevista no parágrafo único do seu art. 6º, foi expressamente revogada pela Lei 10.833/03. A postura do Relator não encontra amparo na melhor doutrina (fl. 1325). Em face disso, postulou pela argüição de nulidade parcial do AI, no que se refere aos fatos geradores ocorridos entre os exercícios de 2004 a 2006.
- xvii) Igualmente equivocou-se o Relator em sua recusa na aplicação do ADI nº 13/02 para afastar a multa de ofício, porquanto o seu art. 1º dispõe, expressamente, que não constitui infração punível no art. 44-I, da Lei nº 9.430/96, a solicitação feita no despacho de importação, de reconhecimento de isenção tributária do imposto de importação, constituindo-se este ato em norma complementar (arts. 100 e 108-I, CTN), negociada em acordo internacional, quando cabíveis, ..., desde que o produto esteja corretamente descrito com todos os elementos necessários à sua identificação e ao enquadramento tarifário, e que não conste, em qualquer dos casos, intuito doloso ou má-fé por parte do declarante. Menciona doutrina e jurisprudência nesse sentido (1328/9).
- xviii) O voto condutor do acórdão deixou de analisar o argumento apresentado pela ora Recorrente relativo ao princípio da proporcionalidade, conforme posicionamento do STF, em julgamento da ADIN nº 551-1/RJ, consoante disposição no art. 31 do Dec. nº 70.235/72, com redação dada pela Lei nº 8.748/93, culminando essa omissão na aplicação do art. 59 do mesmo diploma legal, sob o fundamento de preterição do direito de defesa.
- xix) Quanto à quantificação incorreta da mercadoria na unidade de medida estatística, o Relator inovou indicado como fundamentação para

aplicação da multa o art. 84-II da MP nº 1.258-35/01, dispositivo que não foi apontado pelo órgão autuante, que simplesmente fez referência ao art. 636-II do Dec. nº 4543/02, deixando assim de observar o que preceitua o art. 10 do Dec. nº 70.235/72. Nesse sentido afasta o argumento da defesa de que a multa não poderia ser aplicada à DI 02/0811025-9 sob o fundamento trazido à lume pelo Relator. É necessário lembrar que o órgão autuante fundamentou-se apenas no Dec. nº 4543/02, sendo neste ponto nula o entendimento exarado pela decisão recorrida, vez que obrigatória é a indicação do dispositivo legal sob o qual se fundamenta a aplicação da penalidade (fl. 1.267).

- xx) O órgão julgador defendeu o entendimento de que o elemento nuclear desta infração é *“quantificar incorretamente, ou, em outras palavras, informar a quantidade incorreta”*, conforme destacou em excerto extraído da fl. 1.262, ... *“a quantificação incorreta pode ser causada quer por divergência entre a unidade de medida utilizada, ..., quer pela mera indicação errônea do número que expressa a quantidade”*...
- xxi) Observe-se que o Relator desdobrou a norma primária prescrita almejando alcançar duas ações possíveis do contribuinte, conquanto em evidente conflito. Vê-se, do exposto que à luz do princípio da legalidade é impossível admitir-se esse desdobramento da norma primária como consta da decisão recorrida, ainda que prevaleça o entendimento do Relator, eis que essa intenção não foi exteriorizada pelo legislador, não se extraindo esse entendimento da leitura da norma. É o caso de se aplicar o art. 112 do CTN (fls. 1.262/3). Menciona a título de precedentes os acórdãos nº 2.726/03 e 2.837/03, da DRJ/FOR e o Parecer Cosit nº 19/03, além da decisão prolatada no julgamento do Recurso Voluntário nº 129.238, em 16/03/05, cujo Rel. é o Conselheiro Nilton Luiz Bartoli.
- xxii) Consta do voto ao final da fl. 1.264 informação sobre a retificação realizada pelo órgão autuante no curso do processo, referente ao quadro das DI's constante do auto impugnado, sobre as quais se aplica a multa ora tratada. Em seguida, diante do quadro retificado conclui-se pela incidência da multa. Todavia a aplicação da multa de 1% sobre o valor aduaneiro não pode subsistir: seja em virtude da aplicação analógica do § 5º do art. 633 do RA, como também pelo fato de que, quando a quantidade descarregada apresenta falta de até 5% em relação à quantidade declarada, como ocorre no caso ora examinado, não é sequer exigida a retificação da DI pelo importador, conforme estabelecido no inciso I do art. 7º da IN SRF nº 175/02, que trata do despacho antecipado de mercadoria a granel e que está a autorizar essa dispensa.
- xxiii) O Relator afasta a aplicação do inciso I do § 5º do art. 633 do RA, sob a alegação de que a norma seria aplicável somente às infrações descritas naquele artigo, reconhecendo, entretanto, uma aparente antinomia entre o art. 7º da IN SRF nº 175/02 e o art. 84-II da MP nº 2.158-35/01, apresentando a título de solução para o caso a aplicação do critério

✓

hierárquico, data vênua, a solução apresentada é descabida em se tratando de aplicação de penalidades. É o caso de aplicação do art. 112 do CTN.

A final, depois de reiterar o seu entendimento acerca das hipóteses de nulidades eventualmente ocorridas nos autos, inclusive quanto ao julgado recorrido, requer o provimento do recurso aviado para:

- a) Declarar a nulidade parcial do auto impugnado, no que diz respeito aos fatos geradores ocorridos no período de 2004 a 2006, e julgá-lo insubsistente, no que diz respeito aos fatos geradores ocorridos nos anos de 2002 e 2003 e, no que se refere à aplicação da multa de 1% sobre o valor aduaneiro.
- b) Alternativamente, não sendo acolhida a alegação de nulidade parcial acima indicada, seja julgado totalmente insubsistente o auto impugnado.
- c) AD CAUTELAM, não sendo reconhecidas as nulidades presentes na decisão recorrida requer a sua reforma e pelo provimento do recurso, conforme fundamentos expendidos nesta peça e na exordial, bem assim, se a decisão for no sentido de que é devido o tributo e, por consequência dos juros aplicados, requer o provimento do recurso para que seja determinada a exclusão da multa de ofício pelos motivos já deduzidos.

É o relatório.

VOTO VENCEDOR

Conselheira MÉRCIA HELENA TRAJANO D'AMORIM

O presente recurso é tempestivo e atende aos requisitos de admissibilidade, razão por que dele tomo conhecimento.

Trata o presente processo de exigência da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico-Cide, incidente sobre a importação, acrescida de multa de ofício de 75% e juros de mora, bem como da multa por quantificação incorreta da mercadoria na unidade de medida estatística, prevista no art. 84, inciso II, da Medida Provisória nº 2.158-35/2001.

As mercadorias importadas consistem em nafta petroquímica e outras naftas, classificadas nos códigos 2710.11.41 e 2710.11.49, respectivamente.

Tendo em vista argumentos em sua defesa, a recorrente afirma que revendeu o produto, objeto da importação, à Braskem S.A., bem como a isenção da CIDE é prevista na importação de nafta petroquímica desde que não destinada à formulação de gasolina e diesel; sugiro que seja realizada diligência, para:

-expedir ofício à Agência Nacional do Petróleo-ANP, para que a mesma informe se a Braskem (antes COPENE) é uma central petroquímica e não formuladora, ou melhor, não produz gasolina ou diesel.

-apurar junto à recorrente (i) se os produtos vendidos pela recorrente à Braskem S.A. são coincidentes com os produtos importados com isenção do tributo em questão e havendo diferença explicar a mesma; (ii) quais os critérios e métodos de controle adotados pela recorrente para garantir que as mercadorias importadas com isenção sejam utilizadas nas operações com a Braskem S.A. e não em outras operações da recorrente, confrontando estes métodos e critérios com aqueles exigidos por lei; (iii) verificar na contabilidade da recorrente quais as contas contábeis por onde transitou a mercadoria importada com isenção, desde sua importação até a venda à Braskem S.A..

-apurar junto à Braskem S.A. (i) se os produtos e datas das operações descritas na contabilidade da recorrente coincidem com os constantes da contabilidade da referida empresa; (ii) se a Braskem S.A. adquire as mesmas mercadorias de terceiros e quais os procedimentos adotados por esta para o gozo da isenção da CIDE neste caso, confrontando-os com os procedimentos adotados na operação da recorrente; (iii) se todos os produtos adquiridos pela Braskem S.A. da recorrente foram utilizados em operações e produtos que estariam isentos da CIDE, tivesse a importação sido feita diretamente por esta. ?

Após diligência solicitada, intime-se o contribuinte para, querendo, pronuncie a respeito, em homenagem ao princípio do contraditório, retornando os autos para apreciação deste Conselho.

Sala das Sessões, em 19 de outubro de 2009

Mércia Helena Trajano D'Amorim
MÉRCIA HELENA TRAJANO D'AMORIM - Redatora

À SAFIA/ALF/SDR,
Para cumprimento da diligência.

RFBIS-PRF/ALF/SALVADOR/BA
Em 13/04/2010
Ricardo S. Machado
Ricardo da Silva Machado