



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

Processo nº 15586.000101/2007-07
Recurso nº 999.999 Voluntário
Acórdão nº 1401-00.522 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de maio de 2011
Matéria CIDE
Recorrente THORK COMERCIO IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2002

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. REQUISITOS ESSENCIAIS.

Tendo sido regularmente oferecida a ampla oportunidade de defesa, com a devida ciência do auto de infração, e não provada violação das disposições previstas na legislação de regência, restam insubsistentes as alegações de nulidade do auto de infração e do procedimento Fiscal.

AUTONOMIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO E CRIMINAL.

Não interfere no processo fiscal o procedimento criminal, seguindo, ambos o seu curso normal, de forma independente, até o desfecho final.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO - CIDE

Ano-calendário: 2002

ISENÇÃO. EXPORTAÇÃO NÃO COMPROVADA. RESPONSABILIDADE. COMERCIAL EXPORTADORA. FALTA DE RECOLHIMENTO.

É cabível lançamento da contribuição na comercial exportadora, relativamente à mercadoria adquirida por ela com isenção e que no prazo de 180 dias (cento oitenta) dias, contado da data de aquisição, não houver efetuado a exportação dos produtos para o exterior.

DECORRÊNCIA- Pela relação de causa e efeito, aplica-se ao lançamento decorrente o mesmo decidido quanto àquele do qual decorre, cancelando no caso o lançamento nesta parte específica.

JUROS DE MORA.

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no

período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais (Súmula CARF nº 4).

MULTA DE OFÍCIO.

Deve ser aplicada a multa de 75% (setenta e cinco por cento) sobre o tributo devido apurado no lançamento de ofício.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, afastar as preliminares de incompetência da 1ª Seção, de nulidade do lançamento por vícios no MPF e do pedido de suspensão ou de vinculação direta aos processos judiciais; no mérito, dar provimento parcial para cancelar da base de cálculo a receita referente a venda sem nota fiscal de 1.242.335,88 (um milhão, duzentos e quarenta e dois mil, trezentos e trinta e cinco litros e 88 centésimos) litros de gasolina.

(assinado digitalmente)

Viviane Vidal Wagner – Presidente

(assinado digitalmente)

Antonio Bezerra Neto - Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Antonio Bezerra Neto, Alexandre Antônio Alkmim Teixeira, Fernando Luiz Gomes de Mattos, Maurício Pereira Faro, Karem Jureidini Dias e Viviane Vidal Wagner.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra o Acórdão nº 12-15.348, da 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento Rio de Janeiro I - RJ.

Por economia processual, adoto e transcrevo o relatório constante na decisão de primeira instância:

Trata-se de auto de infração lavrado pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Vitória/ES (fls. 02/07), cientificado ao interessado em 26/02/2007, para exigência de Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico sobre Combustíveis - CIDE de R\$ 3.578.186,03, que somados aos acréscimos legais monta R\$ 9.060.072,31 (fl. 02).

2 Inicialmente, cumpre observar que existem dois processos administrativos fiscais, com créditos tributários cadastrados no SIEF, originários do mesmo procedimento fiscal: o principal de nº 15586.000098/2007-13 (IRPJ e reflexos, PIS e COFINS) e este (CIDE), apensado.

3 No curso do procedimento fiscal, a autoridade administrativa lançadora, conforme Relatório de Encerramento da Ação Fiscal (fls. 1.180/1.204 do principal) e descrição dos fatos constantes nos autos de infração, constatou a seguinte irregularidade, relativa ao ano calendário 2002:

4 – Falta de recolhimento da Contribuição para a Intervenção no Domínio econômico – CIDE: caracterizada por não haver “o efetivo embarque do combustível adquirido como destinado à exportação e armazenado nas empresas EXCEL Brasileira de Petróleo Ltda. e ALAMO Distribuidora de Petróleo Ltda.”, tornando-se “indevida a isenção da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE)”, conforme base de cálculo demonstrada às fls. 1.168/1.171 do principal.

5 O enquadramento legal da autuação encontra-se descrito no Relatório de Encerramento da Ação Fiscal (fls. 1.180/1.204 do principal) e na descrição dos fatos e enquadramento legal dos autos de infração.

6 O interessado, cientificado em 26/02/2007 (fl. 07), apresentou impugnação (fls. 12/57), em 27/03/2007, na qual alega em síntese que:

7 – o auto de infração é nulo, uma vez que os procedimentos cabíveis para prorrogação do Mandado de Procedimento Fiscal original não foram adotados (art. 7o., 12o. e 13o. da Portaria SRF nº 3.007/2001), assim como não foi expedido Mandado de Procedimento Fiscal Complementar (MPF-C), para a constituição de crédito tributário relativo a tributos diferentes daquele previsto inicialmente.

8 – A Lei nº 10.336, de 2001, que instituiu a CIDE, é inconstitucional;

9 – a fiscalização afirma no Relatório de Encerramento que o interessado teria deixado de pagar a CIDE, por ter adquirido em operação interestadual o volume de 7.140.744,26 litros de gasolina destina à exportação para a Bolívia, sem contudo comprovar a efetiva realização da operação;

10 - recebeu efetivamente o volume de 5.903.229,138 litros de gasolina, com intuito de exportá-la para a Bolívia (doc. 11);

11 – por incidentes contrários a sua vontade (III tópico da impugnação), a mercadoria não chegou a ser exportada e continua com as empresas depositárias ou foi vendida por elas no mercado interno, através da prática de crime de descaminho;

12 – deste modo, o interessado é parte ilegítima para figurar no pólo passivo da presente atuação, haja vista que os responsáveis pelo pagamento da contribuição, nos termos do artigo 137, incisos I e II, do CTN, são as empresas depositárias Álamo Distribuidora de Derivativos de Petróleo Ltda e Exxel Brasileira de Petróleo Ltda, que até o presente momento não devolveram as mercadorias depositadas;

13 – caso haja alguma dúvida quanto à participação do interessado na autoria dos crimes de sonegação fiscal e/ou descaminho, faz-se necessária a suspensão do presente procedimento administrativo até que ocorra o encerramento das ações penais e cíveis;

14 – deverá ser, pelo menos, desconsiderada a cobrança da CIDE incidentes nas mercadorias, relativas às notas fiscais emitidas pela Refinaria de Petróleo Manguinhos S.A, durante o período de 28/05/2002 a 04/06/2002, discriminadas no parágrafo 95 da impugnação, uma vez que tais mercadorias não foram vendidas ao interessado;

15 – conforme escrito anteriormente, a fiscalização afirma no Relatório de Encerramento e no demonstrativo da base de cálculo (fls. 1.163/1.179 do principal) que o interessado teria deixado de pagar a CIDE, em razão da venda no mercado interno de 7.140.744,26 litros de gasolina destina à exportação para a Bolívia, sem a correspondente emissão da nota fiscal de saída. Entretanto, nos livros Registro de Entradas (doc. 13) e Registro e Saídas (doc. 14), somente foi recebido pelo interessado o volume de 5.903.229,138 litros de gasolina, conforme listagem anexa (doc. 18), dos quais 5.206.530,138 litros foram remetidos à empresa Álamo e 696.699 litros, à empresa Exxel (doc.10);

16 – nesse sentido, o laudo pericial contábil concluiu que a quantidade de 1.242.315 litros de gasolina não foi recebida pelo interessado (doc. 16);

17 – a Auditora Fiscal alega que a infração em questão está comprovada pela existência de documentos referentes aos pagamentos, bem como dos canhotos assinados, não tendo ocorrido qualquer diligência fiscal para verificação dos documentos de pagamento, bem como de quem havia assinado os canhotos;

18 – tais documentos são representados por depósito em dinheiro e cheques de terceiros, que não possuem qualquer ligação com o interessado (doc. 08);

19 – o interessado somente efetuou o pagamento de 1.495.561,79 litros de gasolina, sendo a diferença, entre este volume e o total recebido (5.903.230,027 litros), qual seja, 4.407.668,237 litros, entregue sem qualquer pagamento (doc. 11);

20 – os canhotos de entrega não foram assinados por qualquer preposto do interessado, além de não estarem preenchidos corretamente, já que na grande

maioria o campo “Data” sequer está assinado e o campo “Nome” encontra-se ilegível, não sendo assim hábeis para demonstrar a efetiva transmissão de propriedade;

21 – conforme já esclarecido, as mercadorias foram remetidas diretamente da Refinaria de Petróleo de Manguinhos S.A para depósito nos estabelecimentos da Álamo Ltda e da Exxel Ltda, assim, não há como se provar que os canhotos foram assinados por preposto do interessado e pelo mesmo fato não há conhecimento de transporte emitido em seu nome;

22 – desta forma, não pode prosperar a cobrança de CIDE incidente sobre a suposta venda no mercado interno de 1.242.315 litros de gasolina, uma vez que o interessado jamais recebeu as mercadorias em questão;

MULTA

23 – a porcentagem da multa caracteriza confisco, vedado pela Constituição Federal de 1988;

24 – não é cabível a aplicação de multa quando há boa-fé do contribuinte, o que ocorreu no caso em tela;

JUROS DE MORA

25 – a utilização da taxa Selic, no cômputo dos juros de mora dos débitos ora discutidos, fere dispositivo constitucional e infraconstitucional e contraria o princípio da legalidade;

26 – a Selic não foi criada por lei, haja vista não serem encontrados na legislação vigente quais os critérios necessários para se chegar ao resultado da referida taxa;

27 – os juros de débitos tributários devem ser de 1% ao mês, como dispõe o art. 161, § 1o., do CTN c/c art. 192, § 3o. da CF/1988;

28 – a Selic tem características remuneratórias e não moratórias;

PEDIDO

29 Encerra requerendo:

30 – seja declarado nulo o presente auto de infração, haja vista que não foram adotados os procedimentos cabíveis para prorrogação do MPF original, assim como houve a constituição de crédito tributário sem a correspondente emissão do MPF-C;

31 – seja declarado nulo o presente auto de infração, pois o interessado é parte ilegítima para figurar no pólo passivo da presente atuação, nos termos do artigo 137, incisos I e II, do CTN;

32 – seja declarado improcedente o auto de infração relativo à CIDE, haja vista a inconstitucionalidade da Lei nº 10.336, de 2001;

33 – ou, seja suspenso o procedimento administrativo até que ocorra o encerramento das ações penais e cíveis;

34 – ou, seja julgado parcialmente procedente, sendo excluída a cobrança da CIDE incidente sobre a suposta venda no mercado interno de 1.242.315 litros de gasolina, uma vez que o interessado jamais recebeu as mercadorias em questão;

35 – seja reduzida a multa aplicada e afastada a taxa de juros pretendida, substituindo-a pelos juros legais de 1% ao mês (art. 161, § 1o. do CTN).

36 Transcreve em sua impugnação trechos jurisprudenciais.

37 Acosta ao processo documentos às fls. 1.567/ 2.774 do principal.

É o relatório.

A DRJ, manteve o lançamento, nos termos da ementa abaixo:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2002

NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. NULIDADE.

Não está inquinado de nulidade o Auto de Infração lavrado por autoridade competente e em consonância com o que preceituam os artigos 142 do CTN e 10 e 59 do PAF.

NULIDADE. MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL.

O Mandado de Procedimento Fiscal é mero instrumento interno de planejamento e controle das atividades e procedimentos da fiscalização, não implicando nulidade dos procedimentos as eventuais falhas na sua emissão, trâmite ou ciência.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO - CIDE

Ano-calendário: 2002

ISENÇÃO. EXPORTAÇÃO NÃO COMPROVADA. FALTA DE RECOLHIMENTO.

É cabível lançamento da contribuição, relativamente à mercadoria não exportada adquirida com isenção.

INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE.

Não compete à Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento declarar ou reconhecer a inconstitucionalidade de lei.

MULTA DE OFÍCIO. JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

A multa de ofício de 75% e os juros de mora equivalentes à taxa SELIC encontram amparo na legislação.

Irresignada com a decisão de primeira instância, a interessada interpôs recurso voluntário a este Conselho (fls. 2901/2907 do processo principal - 15586.000098/2007-13), repisando os tópicos trazidos anteriormente na impugnação, ressaltando através de jurisprudência e de doutrina a tese das excludentes de responsabilidade (caso fortuito e força

maior), em face do aparecimento de evento alheios a sua vontade, como é o caso do “descaminho”.

Informo que novos documentos foram anexados aos autos no processo principal 15586.000098/2007-13 (IRPJ/Reflexos) que afetam também o presente processo dando notícia de que o Ministério Público propôs o arquivamento do inquérito policial, sendo acatado pelo MM. Juízo da 2ª Vara Criminal da Justiça Federal de São Paulo nos autos do processo nº 2006.61.81.006123-8, em razão da falta de materialidade por conta de a mercadoria não ter sido exportada em função do desaparecimento da base onde foi depositada.

Também trouxe aos autos sentença proferida pelo MM. Juízo da Vara Distrital da Justiça Civil de Paulínea nos autos do processo nº 428.01.2002.001331-0, ainda em fase de apelação, cuja trecho relevante da sentença abaixo se transcreve, ajuizado pela Recorrente para o fim de condenar a Álamo a devolver a gasolina por ela armazenada:

“constata-se, portanto, do resultado da perícia que a ré (Álamo) armazenou o combustível junto à base Transo, porém deu-lhe destinação diversa, não consistente na devolução do volume total à autora, que ocorreu tão somente no papel, sem que tenha verificado fisicamente”

É o relatório.

Voto

Conselheiro ANTONIO BEZERRA NETO, Relator

O recurso reúne as condições de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

Conforme relatado, existem dois processos administrativos fiscais, com créditos tributários cadastrados no SIEF, originários do mesmo procedimento fiscal: o de nº 15586.000098/2007-13 (IRPJ e reflexos, PIS e COFINS) e este (CIDE).

Trata-se de auto de infração lavrado para exigência de CIDE e acréscimos legais.

COMPETÊNCIA DESTA PRIMEIRA SEÇÃO

Apenas com o intuito de que não se alegue a incompetência desta Primeira Seção e a competência da Terceira Seção para manejar o feito, por se tratar da CIDE. Cabe salientar que a CIDE foi lavrada em procedimento conexo ao IRPJ, *“lastreando-se em fatos cuja apuração serviu para configurar a prática de infração à legislação pertinente à tributação do IRPJ.”*

É o que reza o art. 2º do Anexo II do atual Regimento Interno do CARF aprovado pela Portaria nº 256, de 22 de junho de 2009:

Art. 2º À Primeira Seção cabe processar e julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de primeira instância que versem sobre aplicação da legislação de:

I Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ);

II Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL);

III - Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF), quando se tratar de antecipação do IRPJ;

IV - demais tributos, quando procedimentos conexos, decorrentes ou reflexos, assim compreendidos os referentes às exigências que estejam lastreadas em fatos cuja apuração serviu para configurar a prática de infração à legislação pertinente à tributação do IRPJ;

(...) (destaquei)

NULIDADES - MPF

A Recorrente alega que o auto de infração é nulo, uma vez que os procedimentos cabíveis para a prorrogação do Mandado de Procedimento Fiscal original não

foram adotados, assim como não foi expedido Mandado de Procedimento Complementar (MPF-C), para a constituição de crédito tributário relativo a tributos daquele previsto inicialmente.

O MPF é mero instrumento interno de planejamento, controle e gerência das atividades de fiscalização, disciplinado por portarias da Receita Federal que não têm o condão de alterar a competência atribuída ao auditor fiscal e não o desoneram da atividade obrigatória e vinculada do lançamento.

O art. 142 do Código Tributário Nacional expressamente confere à autoridade administrativa a competência indelegável e privativa de formalizar o lançamento. E esta autoridade, nos termos da Lei nº 2.354, de 1954, art. 7º, e do Decreto nº 2.225, de 1985, é o auditor fiscal da Receita Federal. Logo, verificando a ocorrência do fato gerador da obrigação principal, ou o descumprimento de uma obrigação tributária acessória, tem ele o dever indeclinável de promover o lançamento.

Neste sentido direciona-se o Conselho de Contribuintes, conforme ementas a seguir transcritas:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PORTARIA SRF Nº 1.265/99. MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - MPF. INSTRUMENTO DE CONTROLE. O MPF constitui-se em elemento de controle da administração tributária, disciplinado por ato administrativo. A eventual inobservância da norma infralegal não pode gerar nulidades no âmbito do processo administrativo fiscal. A Portaria SRF nº 1.265/99 estabelece normas para a execução de procedimentos fiscais relativos aos tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, sendo o Mandado de Procedimento Fiscal - MPF mero instrumento de controle administrativo da atividade fiscal. (Acórdão nº 203-08483 de 16/10/2002)

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL – INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. O Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) não tem o condão de limitar a atuação da Administração Pública na realização do lançamento. Não é o mesmo sequer pressuposto obrigatório para tal ato administrativo, sob pena de contrariar o Código Tributário Nacional, o que não se permite a uma Portaria. (...) (Acórdão 107-07268 de 13/08/2003)

NORMAS PROCESSUAIS - MPF-MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - NULIDADE DO LANÇAMENTO - RECURSO EX OFFICIO. O pleno exercício da atividade fiscal não pode ser obstruído por força de um ato administrativo que deve ser entendido como sendo de caráter meramente gerencial. Tal instituto, por ser medida disciplinadora, visando a administração dos trabalhos de fiscalização, não pode se sobrepor ao que dispõe o Código Tributário Nacional acerca do lançamento tributário, e aos dispositivos do Decreto-lei nº 2.354/54, que trata da competência funcional para a lavratura do auto de infração. Recurso de ofício a que se dá provimento. (Acórdão 107-06952 de 29/01/2003)

MPF - O Mandado de Procedimento Fiscal, é mero instrumento interno de planejamento e controle das atividades e procedimentos fiscais, não implicando nulidade dos procedimentos fiscais as eventuais falhas na emissão e trâmite desse instrumento. (Acórdão 105-14070 de 19/03/2003)

Por conseguinte, eventual inobservância da norma infralegal em nada macularia o lançamento, razão pela qual não merece prosperar, de plano, a alegação da Recorrente.

De qualquer forma, no caso concreto sequer se configura a impropriedade alegada.

E foi o que aconteceu, conforme inclusive reportado pela DRJ e não refutado pela Recorrente:

“52 Consultando as informações disponíveis na internet (fl. 2.778 do principal), verifica-se que o Mandado de Procedimento Fiscal nº 0720100 2005 00598 foi prorrogado até 13 de abril de 2007. Tendo em vista que a ciência dos autos de infração ocorreu em 26/02/2007, antes, portanto, da data final, não há que se cogitar em irregularidades quanto à prorrogação do MPF.

53 De igual forma, verifica-se, no referido documento (fls. 356 e 2.778 do principal), que houve ampliação de tributos/contribuições e do período de apuração.”

Outrossim, não merece melhor sorte em relação a tentativa de anular o lançamento devido à suposta irregularidade de não ter sido expedido Mandado de Procedimento Complementar (MPF-C), para a constituição de crédito tributário relativo a tributos daquele previsto inicialmente.

É que o art. 9º da Portaria SRF nº3007, de 26 de novembro de 2001, não dá guarida a esse entendimento quando os mesmos elementos de prova tiverem repercussões em outros tributos ou contribuições, situação na qual estes serão considerados incluídos no procedimento de fiscalização independente de menção expressa:

Art. 9º Na hipótese em que infrações apuradas, em relação a tributo ou contribuição contido no MPF-F ou no MPF-E, também configurarem, com base nos mesmos elementos de prova, infrações a normas de outros tributos ou contribuições, estes serão considerados incluídos no procedimento de fiscalização, independentemente de menção expressa.

Rejeita-se, portanto, a preliminar de nulidade suscitada.

Solicitação de Suspensão do Procedimento Administrativo

A Recorrente solicita a suspensão deste processo de forma a permitir o encerramento das ações penais e civis que tratam da apuração do destino do combustível adquirido, que tinha o fim específico de exportação.

Cabe salientar a esse respeito que não existe previsão legal para tal diferimento, pois os procedimentos administrativo, penal e civil são independentes entre si, a não ser que a mesma matéria tributária seja levada à justiça, o que não foi o caso.

É que a convicção dos julgadores de primeira instância é formada a partir da interpretação da legislação tributária e da análise do conjunto probatório formado por provas constantes do processo administrativo.

Outrossim, cabe aqui salientar a distinção entre ilícito penal e ilícito fiscal, pois, enquanto para o primeiro aplica-se o elemento subjetivo (trata-se de sanção de caráter personalíssimo), para o segundo, aplica-se o critério objetivo. Enquanto as sanções penais e penais-tributárias se referem à conduta do agente, as sanções meramente fiscais, assim como as sanções administrativas, referem-se ao fato (falta de recolhimento do tributo).

Nessa linha de raciocínio a notícia de que o Ministério Público arquivou o inquérito policial nos autos do processo nº 2006.61.81.006123-8 em razão da falta de materialidade por conta do desaparecimento da base onde foi depositada não interfere no presente julgamento, pois como se demonstrará mais adiante é justamente o contexto em que se deu esse desaparecimento bem assim o papel desempenhado pela Recorrente nessas circunstâncias é que será relevante para determinação da correção do presente lançamento tributário. Aqui o protagonista principal é “fato gerador” e seus consectários legais e desdobramentos, tais como, obrigação tributária, responsabilidade tributária, se o fato gerador ocorreu, se teve sua ocorrência retardada e, por fim, se houve ação dolosa do contribuinte quando este exclui ou modifica as características essenciais do fato gerador da obrigação tributária, de modo a reduzir o montante do imposto devido

De igual sorte, qualquer que seja o resultado de ação impetrada pela Recorrente no campo do Direito civil contra os depositários e que por acaso envolva o ressarcimento de eventuais prejuízos também não interfere no presente julgamento por possuir escopo completamente distinto da presente lide tributária.

Isso não quer dizer que tais ações judiciais sejam completamente inócuas. São inócuas no que concerne a atribuir a ela algum tipo de caráter vinculante às suas conclusões finais. Mas, são antes de tudo fatos. E fatos podem interferir no presente processo, desde que sejam relevantes e se vinculem de alguma forma como o objeto desta lide. E se verá mais adiante que vou me valer de alguns fatos aduzidos nessas ações ora a favor ora contra as pretensões da Recorrente. Nos próximos dois parágrafos, observe-se que trato de algo factual, uma omissão, que gera efeitos práticos que depõe contra a Recorrente, senão vejamos.

Conforme relatado a Recorrente trouxe aos autos sentença proferida pelo MM. Juízo da Vara Distrital da Justiça Civil de Paulínea nos autos do processo nº 428.01.2002.001331-0, ainda em fase de apelação, tendo ela como autora e para o fim de condenar a Álamo a devolver a gasolina por ela armazenada, onde, como já se viu, está obtendo sucesso.

Porém, deixou de trazer também aos autos sentença proferida pelo MM. Juízo da Vara Distrital da Justiça Civil de Paulínea nos autos do processo nº 428.01.2002.001332-0, ainda em fase de apelação, que dessa feita lhe foi desfavorável:

(...)Como se vê, os fatos ainda são nebulosos, não permitindo imputação de responsabilidade, seja pelo desaparecimento da mercadoria, seja pelos danos

sofridos pela ré em razão do envolvimento de seu nome no caso. Portanto, a improcedência a ação e da reconvenção é medida de rigor. Ante o exposto e por tudo mais que dos autos consta, JULGO IMPROCEDENTE a ação para cumprimento de obrigação de fazer que THORK COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA. ajuizou contra EXXEL BRASILEIRA DE PETRÓLEO LTDA. e JULGO IMPROCEDENTE a reconvenção ajuizada por esta contra aquela.(...) (grifei)

Como se vê, se o nosso juízo de valor for depender dessas ações entraremos em uma verdadeira aporia, pois uma ação lhe é favorável e a outra, desfavorável. O problema é que os objetos e escopos são distintos e como já se disse, os procedimentos administrativo, penal e civil são independentes entre si, a não ser que a mesma matéria tributária seja levada à justiça, o que não foi o caso.

Rejeito, portanto, esse pedido de suspensão ou de vinculação direta aos referidos processos.

Isenção da CIDE

Conforme relatado, durante a auditoria realizada, foi constatado que a fiscalizada adquiriu a mercadoria objeto dos Adiantamentos de Contrato de Câmbio (Gasolina A com Marcador) com isenção da CIDE (Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico), por tratar-se de produto com o fim específico de exportação para o exterior. No entanto, a exportação não foi realizada, fato confirmado pela própria Recorrente.

Em sua defesa, o interessado afirmou que a exportação não ocorreu, em virtude de as mercadorias terem sido extraviadas pelas armazenadoras Álamo Distribuidora de Derivativos de Petróleo Ltda e Exxel Brasileira de Petróleo Ltda e que, em função do ocorrido, propôs ações cíveis contra as referidas empresas visando à busca e apreensão de combustível (fls. 1.632/1.646, 1.761/1.763 e 1.766 / 1.777 do principal).

A legislação relativa à CIDE prevê expressamente isenção da referida contribuição. Contudo, para a fruição do benefício, torna-se necessário que a venda tenha fim único de exportação e não estando comprovada a destinação ao exterior das mercadorias adquiridas pela Thork, não cabe o locupletamento da isenção da CIDE. Descaracterizada a exportação, a empresa fica obrigada ao pagamento das contribuições não recolhidas, incidentes sobre o valor de aquisição dos produtos adquiridos e não exportados .

A Lei 10.336/2001 que instituiu a CIDE não deixa maiores dúvidas quando trata especificamente em seu artigo 10º dos produtos adquiridos com o fim específico de exportação para o exterior. Seu parágrafo 1º é bastante claro na indicação do responsável pela não exportação dos produtos nas condições que se cuida:

§ 1o A empresa comercial exportadora que no prazo de 180 dias (cento oitenta) dias, contado da data de aquisição, não houver efetuado a exportação dos produtos para o exterior, fica obrigada ao pagamento da Cide de que trata esta Lei, relativamente aos produtos adquiridos e não exportados".

E o parágrafo 4º dispõe:

"§ 4º A empresa comercial exportadora que alterar a destinação do produto adquirido com o fim específico de exportação, ficará sujeita ao pagamento da Cide objeto da isenção na aquisição". (Destaquei)

Outrossim, quanto à alegada suposta inconstitucionalidade da Lei nº 10.336, de 2001, que instituiu a CIDE, cumpre esclarecer que ela está prevista em disposição legal em vigor, não cabendo a este órgão do Poder Executivo deixar de aplicá-la, encontrando óbice, inclusive nas Súmulas nº 2 do CARF, *in verbis*:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

A Recorrente alega, também, que a isenção da CIDE somente abrange as receitas oriundas de vendas de mercadorias, com fim específico de exportação à empresa comercial exportadora quando as mercadorias forem remetidas diretamente ao estabelecimento industrial, no caso a Refinaria de Petróleo de Manguinhos S.A, para embarque de exportação ou para recintos alfandegados, o que não teria ocorrido.

Vejamos o que a legislação considera com a expressão “fim específico de exportação”:

Decreto nº 4.502, de 2002, art. 45, inciso IX, § 1º:

§ 1º Consideram-se adquiridos com o fim específico de exportação os produtos remetidos diretamente do estabelecimento industrial para embarque de exportação ou para recintos alfandegados, por conta e ordem da empresa comercial exportadora. (grifei)

Ora, provado que os produtos foram efetivamente entregue a uma empresa comercial exportadora (Recorrente), entendo que foram cumpridas as condições que autorizavam a saída com suspensão do imposto. Se a empresa comercial exportadora (Recorrente) recebe o produto com preço desonerado dos tributos com a condição de exportar, condição essa devidamente registrada nos documentos fiscais emitidos pela Usina Manguinhos, assume a responsabilidade de pagar os tributos suspenso se descumprida a condição que autorizava esse procedimento, como foi o caso

Sendo assim, não prospera a alegação da Recorrente no sentido de afirmar que a responsabilidade pelo recolhimento das referidas contribuições é do estabelecimento industrial fornecedor (Usina Manguinhos). Se aceitarmos tal raciocínio estaríamos indiretamente desacatando o princípio basilar do Direito de que ninguém pode se aproveitar de sua própria torpeza em benefício próprio.

Outrossim, não merece melhor sorte o argumento utilizado de que não seria parte legítima para figurar no pólo passivo da presente atuação, haja vista que os responsáveis pelo pagamento das contribuições, nos termos artigo 137, incisos I e II, do CTN, seriam as empresas depositárias Álamo Distribuidora de Derivativos de Petróleo Ltda e Exxel Brasileira de Petróleo Ltda, pois não devolveram as mercadorias depositadas.

A Recorrente confunde responsabilidade tributária por infrações (art. 137 do CTN) com o conceito de sujeito passivo, na qualidade de responsável (art. 121, inciso II do CTN).

O interessado na medida em que descumpriu requisitos para a concessão da isenção, pois deu destinação diversa a mercadorias que deveriam ter sido exportadas, assumiu a condição de sujeito passivo, por expressa disposição legal (responsável).

Definida a sujeição passiva por expressa previsão legal, nada impede que se atribua também ao agente (administrador, sócio etc) responsabilidade pessoal pelas infrações por ele praticadas, nos termos do art. 137 do CTN, o que não modifica a sujeição passiva da tributária principal.

Dessa forma, descabe seu argumento de que a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições caberia às empresas depositárias.

Exclusão de Notas Fiscais (1.242.335,88 litros de gasolina)

Justamente em função de a CIDE ter sido lavrada em procedimento conexo ao IRPJ, lastreando-se nos mesmos fatos cuja apuração serviu para configurar a prática de infração à legislação pertinente à tributação do IRPJ, adoto a seguir as mesmas razões de decidir do processo 15586.000098/2007-13 (IRPJ e reflexos, PIS e COFINS - principal), mediante o Acórdão 1401-00.405, 25 de janeiro de 2011, nos seguintes termos:

A Recorrente alega que não recebeu as vendas de mercadorias, relativas às notas fiscais emitidas, em seu nome, pela Refinaria de Petróleo Manguinhos S.A., no total de 1.242.335,88 litros, durante o período de 28/05/2002 a 04/06/2002, discriminadas no § 95 da impugnação, razão pela qual pede a exclusão do valor no auto de infração. Junta cópias dos Livros Registros de Entrada e de Saída (doc 13 e 14).

Eis os exatos termos de sua defesa:

(...) é possível verificar, pela leitura dos livros contábeis da Recorrente: Registro de Entradas (doc. 13 da Impugnação - Processo principal) e Registro de Saídas (doc. 14 da Impugnação - Processo principal), que somente foi faturado à Recorrente o volume de 5.930.229,138 litros de gasolina, dos quais:

- 5.206.530,138 litros foram remetidos à empresa Álamo Distribuidora de Derivados de Petróleo Ltda., estabelecida na Cidade de Paulínia, sendo certo que a armazenagem dos produtos foi realizada nos tanques da empresa Transo Combustíveis Ltda. (notas fiscais de "remessa para armazenagem" emitidas pela Recorrente encontram-se em anexo - doc. 10 da Impugnação);

- 696.699 litros foram remetidos à empresa Exxel Brasileira de Petróleo Ltda., igualmente estabelecida na Cidade de Paulínia (notas fiscais de "remessa para armazenagem" emitidas pela Recorrente encontram-se em anexo - doc. 10 da Impugnação).

Em relação à diferença entre o volume informado pela Refinaria de Petróleo de Manguinhos S.A (7.145.544,300 litros) e aquele faturado à Recorrente, qual seja 1.242.315 litros, a Sociedade não os recebeu, não tendo assim procedido a qualquer registro contábil ou fiscal a respeito de referida aquisição.

Nesse ínterim, a Recorrente recebeu uma primeira comunicação da Agência Nacional do Petróleo - ANP para que fosse informado onde estaria a gasolina

destinada à exportação, ao que respondeu, sem, contudo, saber que estava sendo ludibriada, que o combustível encontrava-se junto às referidas bases de Paulínia.

Por meio da fiscalização da ANP junto às bases de Paulínia, a Recorrente tomou conhecimento de que o volume de gasolina não se encontrava mais depositado. Sendo assim, dirigiu-se, juntamente com o representante da ANP, à delegacia de polícia de Paulínia para dar notícia do ocorrido, bem como providenciou a proposição de medidas judiciais visando à devolução da gasolina remetida para depósito (doc. 06 e 15 da Impugnação).

Importante esclarecer que até o presente momento o Inquérito Policial, iniciado em decorrência do Boletim de Ocorrência nº 2222/02, junto à Delegacia de Paulínia, bem como as ações judiciais, ainda não foram finalizados.

Ademais, conforme se verifica dos processos judiciais propostos pela Recorrente, as armazenadoras e distribuidoras de derivados de petróleo Exxel Brasileira de Petróleo Ltda. e Álamo Distribuidora de Derivados de Petróleo Ltda. alegam que as mercadorias foram efetivamente devolvidas à Recorrente, tendo sido emitidas notas fiscais de retorno de armazenagem, bem como foram destacados os canhotos correspondentes. Entretanto, tal alegação já foi devidamente rechaçada nos autos do processo judicial proposta em face da Álamo Distribuidora de Derivados de Petróleo Ltda. através das seguintes provas:

(i) carta enviada pela empresa Álamo Distribuidora de Derivados de Petróleo Ltda. à Recorrente, datada de 28.06.02, ou seja, data posterior àquelas de "emissão" das notas fiscais de devolução da mesma empresa para a Recorrente (última data de emissão foi 25.06.02), onde está expressamente consignado que o volume de 5.206.530,138 litros, e somente este volume, encontra-se depositado nas bases da Transo, subcontratada da Álamo Distribuidora de Derivados de Petróleo Ltda (doc. 12 da impugnação).

(ii) laudo pericial contábil emanado por perito judicial nos autos da Ação Ordinária para Cumprimento de Obrigação de Fazer com Pedido de Tutela Específica Antecipada, que a Recorrente move contra Álamo Distribuidora de Derivados de Petróleo Ltda., Processo nº 1514/02, que tramita perante a Vara Distrital de Paulínia, Estado de São Paulo, que expressamente consignou que o combustível depositado não foi entregue à Recorrente (doc. 16 da impugnação).

Frise-se que referido laudo pericial não só concluiu que os combustíveis não foram devolvidos à Recorrente pela armazenadora, como igualmente deixou claro que a diferença existente entre o faturamento informado pela vendedora, Refinaria de Petróleo de Manguinhos S.A e aguele contabilizado pela Recorrente^ qual seja 1.242.315 litros, que supostamente teriam sido depositados nas bases da Álamo Distribuidora de Derivados de Petróleo Ltda., não foram efetivamente recebidos pela Recorrente.

A Recorrente destaca, por ser de grande importância, que: (i) todos os fornecimentos vindos da Refinaria de Petróleo de Manguinhos S.A ocorreram em dias do mês de maio de 2002, sendo certo que a última nota fiscal emitida pela Refinaria de Petróleo de Manguinhos S.A, e efetivamente recebida pela Recorrente é a de nº 139469, de 27.05.02; as demais notas fiscais, emitidas entre os dias 28.05.02 e 04.06.02, jamais foram enviadas à Recorrente, conforme cópia de fls. do livro Registro de Entrada da Recorrente (doc. 13 da Impugnação); (...)

A DRJ refuta os argumentos da Recorrente, nos seguintes termos:

138 A Refinaria de Petróleo Manguinhos S.A. emitiu notas fiscais em nome do interessado contemplando 7.140.744,26 litros de “Gasolina A com Marcador” (fls. 786/967 e 1.163/1.167 do principal). O interessado alega que só recebeu 5.903.229,138 litros, registrados em seus Livros de Entrada e de Saída, e que efetuou o pagamento de apenas 1.495.561,79 litros, ou seja, a diferença 4.407.668,237 litros, o interessado alega que recebeu sem efetuar qualquer pagamento.

139 Ocorre que, em diligência realizada junto a Refinaria de Petróleo Manguinhos S.A., foram coletadas cópias dos pagamentos efetuados pelo interessado (cheques e depósitos), relativo ao volume total adquirido (fls. 968/974 do principal).

140 Embora seja alegado pelo interessado que os documentos de pagamento são representados por depósitos em dinheiro e cheques de terceiros, que não possuem qualquer ligação com o mesmo, através dos documentos juntados às fls. 968/974 do principal, verifica-se que os pagamentos foram efetuados, através de cheques administrativos, ordenados pelo interessado, e de depósitos em dinheiro, onde o interessado consta como depositante.

141 Ademais, se os argumentos do interessado prevalecessem, chegaríamos à conclusão, pouco comum, de que os 4.407.668,237 litros de combustível, que o interessado afirma ter recebido e registrado em seus livros, foram pagos por terceiros, sem que eles tenham recebido o combustível.

142 Há de se esclarecer que o fato de as notas fiscais não terem sido registradas em seus livros, cuja comprovação do pagamento encontra-se nos autos, não significa que a mercadoria não tenha sido recebida, haja vista que o registro é feito pelo interessado e que, portanto, pode ser omitido.

143 No laudo pericial foi descrito que quanto aos “1.242.315 litros, não existe nenhum registro a respeito em sua (do interessado) escrituração contábil ou fiscal e tampouco é admitido pela Requerente (interessado) como tendo sido efetivamente comprado pela mesma.”.

144 Tal registro é apenas uma constatação, obtida através de informações prestadas ou apresentadas pelo próprio interessado, não tendo caráter conclusivo algum, como fora alegado.

145 Deste modo, os documentos coletados em diligência realizada pela autoridade autuante junto a Refinaria de Petróleo Manguinhos S.A., constituídos por cópias dos pagamentos efetuados pelo interessado (cheques, depósitos e planilha cotejando recebimentos e retiradas), relativos ao volume total adquirido (fls. 968/980 do principal), cópias dos Livros Diário e Razão da Refinaria (fls. 699/785 do principal), cópias das notas fiscais (fls. 786/967 do principal) e cópias dos comprovantes de entrega do combustível (canhotos de notas fiscais, fls. 1.132/1.142 do principal, autorização, fl. 1.143 do principal e ordens de carregamento, fls. 981/1.131 e fls. 1.144/1.160 do principal) são suficientes a comprovar que o volume total (7.140.744,26 litros – fl. 1.167 do principal) foi adquirido pelo interessado.

Discordo da conclusão chegada pela DRJ, por dois motivos convergentes.

O primeiro motivo, apesar de não ser condição *sine qua non*, terá seu peso reforçado pelo próximo argumento. Trata-se do fato de a Recorrente ter Registrado nos seus livros de Entradas e Saídas apenas o correspondente a 5.903.229,138 litros, registrados em seus Livros de Entrada e de Saída

Junta-se a esse argumento um outro argumento ainda mais forte que em conjunto com o primeiro torna-se digno de peso. Trata-se de reconhecer que na ação civil que moveu contra a distribuidora Álamo, o objeto de ressarcimento é exatamente o correspondente à indenização pela não devolução de 5.206.530,138 litros, que se adicionado os 696.699 litros que foram remetidos para Exxel perfazem exatamente o montante total que a empresa assume ter movimentado. Esses mesmos 696.699 litros, por sua vez, é objeto de outra ação civil de indenização contra a Distribuidora Exxel (processo original : 420.01.2002.001332), ainda em fase de apelação, que dessa feita lhe foi desfavorável.

Transcreve-se abaixo excerto do voto do Juiz da Fórum distrital de Paulínia nos autos do processo nº 1514/02 (processo original : 420.01.2002.001331), tendo como Autora a Thork Comércio Importação e Exportação e como ré a distribuidora Álamo:

THORK COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA, já qualificada nos autos, propôs ação de obrigação de fazer, com pedido de tutela específica antecipada, contra ÁLAMO DISTRIBUIDORA DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LDA, também já qualificada, aduzindo que adquiriu da Refinaria de Petróleo de Manguinhos, Rio de Janeiro, **5.206.530,138 litros de gasolina tipo "A"** e os remeteu à ré, para armazenamento, antes de, enviá-la para uma empresa boliviana, a quem seria exportada a mercadoria. Afirmou que a ré depositou a gasolina junto à empresa Transo Combustíveis Ltda, situada em Paulínia, e que a própria ré emitiu relatório de recebimento da mercadoria, identificando cada descarregamento efetuado. Acrescentou que cancelou o negócio de exportação e passou a providenciar a devolução da mercadoria para a refinaria, tendo a ré emitido nota fiscal de devolução da armazenagem, porém não disponibilizou fisicamente o produto, que supôs continuar retido junto à Transo. Alegou que, em 2 de julho de 2002, foi convocada por agentes da ANP a comparecer em Paulínia, no armazém da ré, a fim de informar onde a gasolina havia sido depositada e se surpreendeu com a notícia de que a ré e o armazém não tinham tanques bastantes para a estocagem do volume a eles remetido. Requereu a antecipação de tutela

(...)

Assim é que, no período compreendido entre 03/05/2002 a 28/05/2002, a ré **recebeu da autora 5.206.530,138 litros de gasolina tipo "A"**, e os armazenou junto à empresa Transo. Ressalte-se que, além de este fato ser incontroverso, os documentos de fls. 76/78 **evidenciam que a ré efetivamente recebeu mencionado volume de combustível e o armazenou.**

Ainda segundo a narrativa da autora, depois de já estarem depositados os milhões de litros de gasolina, ela desistiu do negócio que seria realizado com a importadora boliviana, por desconfiança em sua idoneidade, e solicitou à ré a devolução do combustível armazenado.

Neste ponto reside a controvérsia, pois a ré afirma que devolveu o combustível e a autora nega tê-lo recebido. (...) (destaquei)

Portanto, dou provimento em relação a este item, para cancelar da base de cálculo a receita referente a venda sem nota fiscal de 1.242.335,88 (um milhão, duzentos e quarenta e dois mil, trezentos e trinta e cinco litros e 88 centésimos) litros de gasolina.

Insurge-se ainda a Recorrente contra a aplicação da multa de ofício e juros de mora com base na taxa Selic.

Taxa Selic

O cálculo dos juros moratórios com base na SELIC encontra abrigo legal, conforme firme jurisprudência do CARF, matéria inclusive sumulada:

Súmula CARF nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

A base legal é o art. 161 do CTN combinada com o art. 63, § 3º da Lei n. 9.430/96.

Quanto à multa de ofício, também nada a reparar.

As alegações de defesa relacionadas à inconstitucionalidade não podem ser opostas no âmbito administrativo, nos termos do Decreto nº 70.235/72 e é matéria inclusive já sumulada neste Conselho:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

A penalidade foi corretamente fundamentada no inciso II do art.44 da Lei nº 9.430/96, acompanhando sempre o lançamento da falta ou insuficiência de tributos.

Por todo o exposto, voto no sentido de rejeitar as preliminares e, no mérito, dar provimento parcial para cancelar da base de cálculo a receita referente à venda sem nota fiscal de 1.242.335,88 (um milhão, duzentos e quarenta e dois mil, trezentos e trinta e cinco litros e 88 centésimos) litros de gasolina.

(assinado digitalmente)

Antonio Bezerra Neto