



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

Processo n° 10768.720231/2007-08
Recurso n° Embargos
Acórdão n° 3401-003.110 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de fevereiro de 2016
Matéria COMPENSAÇÃO - PIS/PASEP
Embargante PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRAS
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/02/2003 a 28/02/2003

Ementa:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DETECÇÃO DE OBSCURIDADE, OMISSÃO E ERRO DE JULGAMENTO. NULIDADE. NOVO JULGAMENTO.

Detectado, em sede de embargos, que a decisão embargada, além de ser obscura e omissa, analisou situação fática diversa da apresentada nos autos ("erro de julgamento"), cabível a nulidade do acórdão proferido com tal vício, por cerceamento do direito de defesa, e a reapreciação (em verdade, apreciação), pelo colegiado, de imediato, em relação à totalidade da matéria contenciosa, à luz dos documentos e esclarecimentos presentes no processo.

PEDIDOS DE COMPENSAÇÃO/RESSARCIMENTO. ÔNUS PROBATÓRIO. DILIGÊNCIA/PERÍCIA.

Nos processos derivados de pedidos de compensação/ressarcimento, a comprovação do direito creditório incumbe ao postulante, que deve carrear aos autos os elementos probatórios correspondentes.

VERDADE MATERIAL. INVESTIGAÇÃO. COLABORAÇÃO.

A verdade material é composta pelo dever de investigação da Administração somado ao dever de colaboração por parte do particular, unidos na finalidade de propiciar a aproximação da atividade formalizadora com a realidade dos acontecimentos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em acolher parcialmente os embargos de declaração apresentados, para anular o Acórdão nº 3401-001.750,

e, no mérito da apreciação dos temas contenciosos, dar parcial provimento ao recurso voluntário para afastar as glosas referentes às notas fiscais que tratam de "PROPENO REDUC" (NCM 2901.22.00) carreadas aos autos, aplicando-se a tais operações a alíquota normal (1,65%) e a sistemática não cumulativa, devendo a unidade local promover as alterações decorrente na base de cálculo da contribuição.

ROBSON JOSÉ BAYERL - Presidente Substituto.

ROSALDO TREVISAN - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Robson José Bayerl (presidente substituto), Rosaldo Trevisan, Augusto Fiel Jorge D'Oliveira, Eloy Eros da Silva Nogueira, Waltamir Barreiros, Fenelon Moscoso de Almeida (suplente), Elias Fernandes Eufrásio (suplente) e Leonardo Ogassawara de Araújo Branco (vice-presidente).

Relatório

Trata-se de embargos de declaração (fls. 605 a 611)¹ opostos pela empresa, em relação ao Acórdão nº 3401-001.750 (fls. 595 a 599), no qual se noticia a existência de concomitância entre o objeto do processo administrativo e de processo judicial:

"CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO JUDICIAL E ADMINISTRATIVO. Segundo a Súmula nº 1 do Segundo Conselho de Contribuintes, importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo" (Acórdão nº 3401-001.750, Rel. Cons. Fernando Marques Cleto Duarte, unânime, sessão de 20.mar.2012)

Alega a embargante que a decisão é "contraditória", "quicá teratológica" (fl. 609), porque as ações judiciais a que se refere o relator são de terceiros e não se confundem com o pedido de compensação efetuado. Assim, a fundamentação do acórdão teria inovado em relação ao pedido formulado.

Os embargos foram admitidos pelo despacho de fls. 650/651, que considerou ter sido indicada, de fato, uma "obscuridade", e o processo foi a mim sorteado para inclusão em pauta de julgamento e apreciação pelo colegiado, no mérito.

É o relatório.

¹ Todos os números de folhas indicados nesta decisão são baseados na numeração eletrônica da versão digital do processo (e-processos).

Voto

Conselheiro Rosaldo Trevisan, relator

Tendo os pressupostos para admissibilidade dos embargos já sido avaliados no despacho de fls. 650/651, passar-se-ia diretamente à análise da "contradição ou obscuridade" objetivamente apontada.

Em tese, no exame de admissibilidade não se estaria a verificar efetivamente se houve contradição ou obscuridade, mas se estas haviam sido objetivamente apontadas. Relevante ainda destacar que com o novo RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015, mais precisamente com seu art. 65, § 8º, passou a existir expressa previsão de sustentação oral pelas partes no julgamento de embargos de declaração.

Digo "em tese", e digo "contradição ou obscuridade", porque no presente caso o despacho de admissibilidade vai além da simples verificação de apontamento objetivo, regimentalmente previsto.

O exame de admissibilidade empreendido efetivamente detecta que houve erro na premissa adotada pelo julgador, que tomou ações de terceiros como se da embargante fossem, invocando equivocadamente a Súmula CARF nº 1, que trata de concomitância entre o objeto dos processos administrativo e judicial.

Ocorre que os embargos de declaração deveriam apontar objetivamente "omissão, contradição ou obscuridade". E na peça apresentada a título de embargos sequer constam os termos "omissão" ou "obscuridade", ou suas variantes, aparecendo palavra derivada de "contradição" uma única vez à fl. 609:

Desta forma, fica evidenciado que as ações judiciais – a que se refere o Relator – não se confundem com o pedido de compensação que a Embargante espera ver deferido.

A decisão ora guerreada inovou na análise e no julgamento do presente recurso voluntário, acarretando uma decisão contraditória, quicá teratológica, com o que se está efetivamente discutindo, ensejando, portanto, o manejo dos presentes embargos que devem ser aceitos em seu efeito infringente, de modo a anular a decisão para nova deliberação por parte deste Douto Colegiado.

Entretanto, a contradição ensejadora de embargos a que se refere o Regimento Interno do CARF (RICARF), em seu art. 65, deve ser entre a decisão e seus fundamentos, e não entre ambos e a realidade do processo:

*"Art. 65. Cabem embargos de declaração quando o acórdão contiver obscuridade, omissão ou **contradição entre a decisão e***

os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual deveria pronunciar-se a turma." (grifo nosso)

No caso em análise, não há contradição entre a decisão e os fundamentos. Tanto a decisão quanto os fundamentos partem da premissa (ainda que equivocada) de que houve concomitância.

O que se conclui no exame de admissibilidade é que a situação descrita se amoldaria melhor ao conceito de "obscuridade", ainda que tal termo não houvesse sido pronunciado na peça apresentada a título de embargos (fl. 650):

"Revendo os autos mormente o despacho decisório inaugural, a decisão de primeira instância e os recursos apresentados pelo contribuinte, confirmei que houve uma errônea interpretação da existência das demandas judiciais, eis que a autoria não é da própria recorrente, mas das pessoas jurídicas com quem negocia, de maneira que a situação não se amolda à dicção da Súmula CARF nº 1, não havendo qualquer renúncia à discussão administrativa, mesmo porque o objeto daquelas ações não coincide com a alteração travada nestes autos.

Em face do exposto, uma vez atendidos os requisitos formais da peça recursal, a saber, tempestividade, legitimidade e pertinência, bem assim, a existência de obscuridade na decisão embargada, opino pela sua admissibilidade, sendo essa a manifestação que submeto à apreciação do Presidente da 1ª TO/4ª câmara/3ª SEJUL/CARF." (grifo nosso)

Por mais que, a meu ver, a situação se amolde mais precisamente ao art. 66 do RICARF, que trata de lapso manifesto, ou mesmo trate de "erro de julgamento", acolho, em nome da verdade material, da economia processual e da segurança jurídica, a leitura efetuada no exame de admissibilidade, e passo a analisar o caso como "obscuridade".

Realmente, uma decisão que aprecia matéria diversa da tratada nos autos, tangencia a obscuridade.

E, no caso, recomendável iniciarmos nossa análise identificando o que se está a discutir no presente processo, para que possamos checar se o voto do relator efetivamente descolou-se do efetivo contencioso, como narrado no exame de admissibilidade dos embargos.

O presente processo, como se informa à fl. 2, nasce do tratamento manual da DCOMP de final 1459 (fls. 4 a 8), transmitida em 15/09/2005, invocando crédito de pagamento indevido de Contribuição para o PIS/PASEP, em 14/03/2003, no valor original de R\$ 3.728.783,26, totalmente utilizado em compensação. À fl. 8, já se percebe que o campo referente a Ação Judicial foi preenchido com "NÃO".

Em diligência fiscal (relatório às fls. 126 a 133), apurou-se que a base de cálculo informada pela empresa foi a mesma apurada pela auditoria, mas os valores apresentados e apurados ao aplicar alíquotas diferenciadas (para os produtos sujeitos a esta forma de apuração) e as alíquotas gerais (para as demais receitas) são divergentes, concluindo que o valor de Contribuição para o PIS/PASEP a pagar seria R\$ 32.493.529,01, e não o informado pela empresa, de R\$ 32.810.218,12.

No parecer conclusivo de fls. 136 a 143, que fundamenta o Despacho Decisório de fl. 144 (pela parcial homologação da compensação, no valor de R\$ 1.636.126,08),

a fiscalização acolhe o resultado da diligência, exceto no que se refere a deduções efetuadas pela empresa indicadas como "liminares impetradas" tanto para receita de venda de gasolina quanto para óleo *diesel*, que entende o parecer terem sido realizadas sem amparo legal, sendo o procedimento correto registrar em DIPJ o total da receita e em DCTF especificar o montante sujeito a discussão judicial, com exigibilidade suspensa até o fim da lide.

Em sua Manifestação de Inconformidade (fls. 166 a 177), a empresa, após colacionar excertos das Leis nº 8.383/1991 (art. 66), nº 9.250/1995 (art. 39), nº 9.430/1996 (art. 74) e nº 10.336/2001 (art. 8º), alega que: (a) o entendimento do despacho decisório pela inclusão como receita dos valores referentes a "liminares impetradas" é equivocado, pois a decisão judicial afastou a exigibilidade, não podendo a empresa reconhecer o valor contabilmente como receita; (b) a alíquota para gasolina não era de 2,70% (como indicado no despacho decisório), mas de 1,65% (alíquota diferenciada para gasolina de aviação); e (c) a alíquota para propano/butano (produto 614) não era de 2,56% (como calculado no despacho decisório), mas de 1,65% (pois tal produto só passou a ser tributado como GLP a partir de março de 2003).

No julgamento de piso, pela DRJ, em 19/01/2011 (fls. 340 a 347), reconhece-se que, no presente processo, não há qualquer informação sobre as ações judiciais em discussão, nem juntada de qualquer peça que comprove obtenção de medida liminar amparando a não inclusão como receita, e que foi pertinente o entendimento externado no despacho decisório sobre a necessidade de informação do valor com exigibilidade suspensa. Recorda ainda o julgador sobre a impossibilidade de compensação antes do trânsito em julgado da ação, conforme art. 170-A do Código Tributário Nacional (CTN). No que se refere à gasolina de aviação, reconhece a DRJ aplicação da alíquota geral às receitas de venda comprovadas pela defesa. E, por fim, com relação ao butano, informa o julgador que há Solução de Consulta endereçada à própria empresa esclarecendo que a expressão GLP abarca o propano e o butano.

Cientificado da decisão de piso em 11/05/2011 (AR à fl. 352), a empresa apresenta, em 06/06/2011, o recurso voluntário de fls. 354 a 364, basicamente reiterando a argumentação externada na manifestação de inconformidade, acrescentando que: (a) o valor reconhecido para gasolina de aviação é ligeiramente menor que o informado pela empresa; (b) o produto descrito como 614 (propeno, com NCM 29.01.2200) não corresponde a NCM do "grupo" 27.11.1, não estando afetado pela Solução de Consulta mencionada pela DRJ; (c) a empresa não necessita prestar informações sobre ações judiciais que são de conhecimento do fisco, pois contra ele propostas, mas, ainda assim, junta planilhas referentes às liminares judiciais (fls. 423 a 426) e planilha com dados das empresas com liminares vigentes no período (fl. 422); e (d) o artigo 170-A do CTN não se aplica ao caso, pois não se busca compensar tributo que é objeto de discussão judicial.

Pelo exposto, realmente parece que se está a tratar de ações de terceiros, informação que brota de forma mais contundente somente após o julgamento de piso, no recurso voluntário. Digo parece porque não há nenhuma cópia de nenhuma peça judicial nos autos, mas apenas uma página, praticamente ilegível, na qual se indica quem seriam as empresas com ações judiciais:

A decisão é obscura porque não há como concluir pela concomitância de objeto sem saber qual é o objeto das ações judiciais (que, diga-se, não estão presentes nos autos), ainda mais quando a própria empresa informa que seriam de terceiros.

A decisão é omissa porque sequer discute os temas referentes a alíquotas de gasolina e propeno 614, que são expressamente suscitados na peça recursal e não se relacionam com as ações judiciais, como reconhecem as decisões anteriores.

E a decisão é descolada da situação fática narrada nos autos porque parece adotar solução genérica sem examinar o caso concreto, cerceando inclusive o direito de defesa da empresa, pois, regimentalmente, o embasamento da decisão unicamente em tema sumulado neste CARF impede a interposição de recurso especial (art. 67, § 3º do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015).

Em síntese, a decisão tomada pelo colegiado não guarda relação com o caso concreto narrado nos autos, como já apontava o exame de admissibilidade.

Pelo exposto, voto por anular o Acórdão nº 3401.001.750, por erro de julgamento, ocasionando cerceamento do direito de defesa, passando, a seguir a submeter à turma novo voto em relação ao processo, contemplando todos os temas suscitados pela defesa, dentro da realidade fática e documental trazida aos autos.

São basicamente três as questões a serem analisadas: (a) a diferença entre o valor pleiteado e o valor reconhecido pela DRJ em relação a gasolina de aviação; (b) a alíquota aplicável ao produto descrito como 614, e sua relação com a Solução de Consulta apontada pela DRJ; e (c) a influência das ações judiciais existentes com o crédito demandado no presente processo, e a pertinência da aplicação ao caso do artigo 170-A do CTN. E, como aqui narrado, o julgamento anterior sequer trata das duas primeiras, e sequer empreende labor para verificar a terceira.

Da gasolina (de aviação)

Em relação à gasolina, a DRJ acolheu a informação prestada de que, de fato, parte do produto (R\$ 11.733.736,83) se tratava de gasolina de aviação, que não é tributada à alíquota diferenciada, e checkou a documentação carreada aos autos pela empresa (notas fiscais de fls. 228 a 266, que equivalem às fls. 187 a 224 da numeração manual) para comprovar que se tratava efetivamente de gasolina de aviação. E a soma dos valores constantes nas notas fiscais resultou em R\$ 11.674.449,53.

Em seu recurso voluntário, a empresa, em um parágrafo, questiona a diferença (fl. 356):

Inicialmente cumpre dizer que com relação à gasolina de aviação, o valor de venda de R\$.11.674.449,53 reconhecido pela fiscalização se apresenta ligeiramente menor daquele informado pelo contribuinte, de R\$.11.733.736,83, devendo o cálculo envolvendo as operações com tal produto ter como base o valor indicado na manifestação de inconformidade (R\$.11.733.736,83).

Entretanto, sequer efetua a soma dos valores das notas colacionadas, para apontar eventual erro de cálculo por parte da DRJ, para possibilitar a visualização da origem da diferença de R\$ 59.287,30.

Em nome da verdade material, efetuei a soma dos valores das notas constantes da planilha de fl. 227, apresentada pela empresa, tendo em vista que a totalidade das notas fiscais de gasolina de aviação carreadas ao processo está absolutamente ilegível. E cheguei ao valor de R\$ 11.735.516,83, superior em R\$ 1.780,00 ao indicado pela empresa, de R\$ 11.733.736,83.

No entanto, verifiquei que, à fl. 227, estavam com traço característico de "verificadas", ou "conferidas" (✓) todas as notas fiscais exceto uma, circulada, no valor de R\$ 61.067,30 (NF nº 63609). E, subtraindo-se tal valor do resultado da soma por mim efetuada (R\$ 11.735.516,83 - R\$ 61.067,30), chega-se ao resultado do julgamento da DRJ: R\$ 11.674.449,53.

Tipo Fiscal	Número da Nota Fiscal	Série da Nota Fiscal	CNPJ	CNPJ Fical	CNPJ Dgna	Valor Total da Nota Fiscal (R\$)	Valor Unitário do Produto (R\$)	Data de Emissão	Código do Produto	Descrição do Produto	Unidade de Medida	Quantidade
II	63606	15 34274233	101	67	29.294,19	1,39	04/02/03	623	GASOLINA AVIACAO 100130	LT	1,152	
II	63984	15 3500092	248	39	29.294,19	1,38	04/02/03	623	GASOLINA AVIACAO 100130	LT	14,851	
II	63161	15 34274233	101	67	158.493,00	1,83	04/02/03	623	GASOLINA AVIACAO 100130	LT	260,000	
II	64077	15 34274233	101	67	1.333.877,13	2,85	26/02/03	623	GASOLINA AVIACAO 100130	LT	749,000	
II	64016	15 34274233	101	67	204.790,00	2,08	26/02/03	623	GASOLINA AVIACAO 100130	LT	100,000	
II	62099	15 34274233	101	67	379.412,00	2,85	21/02/03	623	GASOLINA AVIACAO 100130	LT	260,000	
II	62850	15 34274233	101	67	48.935,00	2,03	25/02/03	623	GASOLINA AVIACAO 100130	LT	20,000	
II	63077	15 34274233	100	67	18.569,55	2,05	24/02/03	623	GASOLINA AVIACAO 100130	LT	8,391	
II	63470	15 34274233	100	67	366.632,48	2,05	24/02/03	623	GASOLINA AVIACAO 100130	LT	371,809	
II	63809	15 3300092	248	38	48.884,39	2,74	24/02/03	623	GASOLINA AVIACAO 100130	LT	14,887	
II	63600	15 34274233	100	67	219.311,65	2,05	25/02/03	623	GASOLINA AVIACAO 100130	LT	107,000	
II	63603	15 34274233	100	67	998.848,38	2,05	25/02/03	623	GASOLINA AVIACAO 100130	LT	291,809	
II	63866	15 33483588	178	75	161.784,10	2,05	21/02/03	623	GASOLINA AVIACAO 100130	LT	78,800	
II	63835	15 33483588	178	75	18.651,31	0,00	20/02/03	623	GASOLINA AVIACAO 100130	LT	0	
II	63854	15 34274233	101	67	152.371,85	0,00	20/02/03	623	GASOLINA AVIACAO 100130	LT	0	
II	63855	15 3300092	249	34	40.931,21	2,74	20/02/03	623	GASOLINA AVIACAO 100130	LT	14,915	
II	63782	15 34274233	101	67	421.867,40	2,05	18/02/03	623	GASOLINA AVIACAO 100130	LT	206,800	
II	63781	15 33483588	178	75	237.356,40	2,05	18/02/03	623	GASOLINA AVIACAO 100130	LT	116,800	
II	63721	15 34274233	101	67	265.227,00	2,05	17/02/03	623	GASOLINA AVIACAO 100130	LT	130,000	
II	63720	15 33483588	178	75	527.664,00	2,05	17/02/03	623	GASOLINA AVIACAO 100130	LT	180,800	
II	63502	15 3300092	249	39	39.468,10	1,99	12/02/03	623	GASOLINA AVIACAO 100130	LT	14,915	
II	63661	15 34274233	101	67	1.084.763,71	1,85	12/02/03	623	GASOLINA AVIACAO 100130	LT	347,585	
II	63650	15 34274233	101	67	782.828,81	1,85	12/02/03	623	GASOLINA AVIACAO 100130	LT	154,134	
II	63589	15 34274233	101	67	61.067,30	1,85	12/02/03	623	GASOLINA AVIACAO 100130	LT	33,281	
II	63688	15 33483588	178	75	786.436,58	1,83	12/02/03	623	GASOLINA AVIACAO 100130	LT	185,800	
II	63522	15 34274233	101	67	550.478,00	1,85	10/02/03	623	GASOLINA AVIACAO 100130	LT	300,000	
II	63221	15 3543398	178	75	311.933,08	1,83	10/02/03	623	GASOLINA AVIACAO 100130	LT	170,800	
II	63497	15 3300092	249	39	29.349,48	1,88	09/02/03	623	GASOLINA AVIACAO 100130	LT	14,879	
II	63471	15 3500092	248	39	36.395,73	1,88	07/02/03	623	GASOLINA AVIACAO 100130	LT	48,900	
II	63423	15 34274233	101	67	1.376.075,00	1,83	06/02/03	623	GASOLINA AVIACAO 100130	LT	750,800	
II	63422	15 34274233	178	75	887.316,00	1,83	06/02/03	623	GASOLINA AVIACAO 100130	LT	486,800	
II	63410	15 33483588	178	75	249,60	1,79	06/02/03	623	GASOLINA AVIACAO 100130	LT	143	
II	63409	15 34274233	101	67	1.718,38	1,79	06/02/03	623	GASOLINA AVIACAO 100130	LT	958	
II	63408	15 33483588	178	75	1.318,00	1,79	06/02/03	623	GASOLINA AVIACAO 100130	LT	630	
II	29181	42 3543398	178	75	294.798,08	2,24	28/02/03	623	GASOLINA AVIACAO 100130	LT	130,800	
II	29482	42 3300092	248	39	29.294,19	1,88	14/02/03	623	GASOLINA AVIACAO 100130	LT	14,881	

Houvesse a empresa efetuado o simples cotejo aqui empreendido em nome da verdade material, saberia (a) que a soma que efetuou estava incorreta e incompatível com a própria planilha por ela apresentada; e (b) que deixou de carrear aos autos uma nota fiscal, no valor de R\$ 61.067,30, o que motivou o reconhecimento parcial, pela DRJ.

Daí a DRJ ter esclarecido que "de acordo com as cópias das notas fiscais de venda do referido produto, emitidas no mês de fevereiro de 2003, anexadas às fls. 187 a 224,

verifica-se que a receita bruta da venda de gasolina de aviação no período foi no montante de R\$ 11.674.449,53" (fl. 345).

Em processos referentes a pedidos de compensação, o ônus probatório é indiscutivelmente da postulante ao crédito. Assim vem reiteradamente decidindo este CARF:

“ÔNUS DA PROVA. FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO NO QUAL SE FUNDAMENTA A AÇÃO. INCUMBÊNCIA DO INTERESSADO. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado. DILAÇÃO PROBATÓRIA. DILIGÊNCIAS. A realização de diligências destina-se a resolver dúvidas acerca de questão controversa originada da confrontação de elementos de prova trazidos pelas partes, mas não para permitir que seja feito aquilo que a lei já impunha como obrigação, desde a instauração do litígio, às partes componentes da relação jurídica.” (Acórdãos n. 3403-002.106 a 111, Rel. Cons. Alexandre Kern, unânimes, sessão de 23.abr.2013) (grifo nosso)

“PEDIDOS DE COMPENSAÇÃO/RESSARCIMENTO. ÔNUS PROBATÓRIO. Nos pedidos de compensação/ressarcimento, incumbe ao postulante a prova de que cumpre os requisitos previstos na legislação para a obtenção do crédito pleiteado.” (grifo nosso) (Acórdão n. 3403-003.173, Rel. Cons. Rosaldo Trevisan, unânime - em relação à matéria, sessão de 21.ago.2014) (No mesmo sentido: Acórdão n. 3403-003.166, Rel. Cons. Rosaldo Trevisan, unânime - em relação à matéria, sessão de 20.ago.2014; Acórdão 3403-002.681, Rel. Cons. Rosaldo Trevisan, unânime - em relação à matéria, sessão de 28.jan.2014; e Acórdãos n. 3403-002.472, 473, 474, 475 e 476, Rel. Cons. Rosaldo Trevisan, unânimes - em relação à matéria, sessão de 24.set.2013)

E, em relação à diferença apontada, de R\$ 59.287,30, não faz qualquer esforço a empresa para apresentar cálculo que contraponha o efetuado pela DRJ, nem soma os valores por ela própria planilhados, para descobrir que não perfazem o total pleiteado.

Não há dúvidas sobre ser o ônus probatório do sujeito passivo, no caso em análise. Deveria a empresa ter carreado aos autos documentação que detalhasse o seu direito ao crédito, em relação às notas de aquisição de gasolina de aviação.

Como ensina JAMES MARINS, a verdade material é ladeada pelo dever de investigação (da Administração tributária, que encontra limitações de ordem constitucional), e pelo dever de colaboração (por parte do contribuinte e de terceiros):

“As faculdades fiscalizatórias da Administração tributária devem ser utilizadas para o desvelamento da verdade material e seu resultado deve ser reproduzido fielmente no bojo do procedimento e do Processo Administrativo. O dever de investigação da Administração e o dever de colaboração por parte do particular têm por finalidade propiciar a aproximação

da atividade formalizadora com a realidade dos acontecimentos."²

E, deste dever de colaboração, não se desincumbe a empresa, crendo que deveria o fisco atestar um direito a crédito seu ao desamparo de documentação comprobatória.

Assim, por carência probatória a cargo da postulante, mantenho a decisão de piso em relação ao tema.

Do produto descrito como 614

A fiscalização entende aplicável ao produto descrito pela empresa como 614 a alíquota diferenciada de 2,56%, e não a geral, de 1,65%. Isso porque a Lei nº 9.718/1998, em seu art. 4º, III, com redação dada pela Lei nº 9.990/2000, estabeleceu regra de tributação concentrada para GLP.

E a empresa, em sua impugnação, alega sinteticamente que (fl. 176):

Do mesmo modo, quanto ao propano/butano (código 614), foi calculado utilizando a alíquota de 2,56%. Porém, esse produto somente passou a ser tributado como GLP a partir de março/2003.⁴ e como o tributo é de fevereiro/2003, deve ser utilizada a alíquota de 1,65%.

Como as operações com butano somam R\$.21.262.074,11, com a utilização da alíquota de 1,65%, resulta sobre essa quantia, valor do PIS de R\$.350.824,00. Houve uma glosa indevida de R\$.193.484,00.

Acrescenta ainda a planilha de fl. 267 e as notas fiscais (desta vez, legíveis) de fls. 268 a 333. Mas a DRJ não reconhece o direito ao crédito em função da existência de consulta efetuada pela empresa, sobre o conteúdo da expressão GLP (fl. 346):

"Em relação à tributação das receitas de venda de butano que, segundo entendimento da interessada deveriam ser segregadas da receita de venda de GLP por estarem sujeitas ao PIS calculado à alíquota geral, cumpre registrar que a questão foi analisada na Solução de Consulta SRRF/7, RF/Disit nº 245, de 31/10/2002, cuja interessada é a própria Petróleo Brasileira S.A. Na referida Solução de Consulta foi definido que a expressão gás liquefeito de petróleo - GLP para efeitos de tributação do PIS/Pasep e da Cofins alcança também o propano bruto liquefeito (código NCM 2711.12.10), outros propanos liquefeitos (código NCM 2711.12.90), butanos liquefeitos (código NCM 2711.13.00), etileno, propileno, butileno e butadieno, liquefeitos (código NCM 2711.14.00) e outros (código NCM 2711.19.90), além do produto classificado no código 2711.1910." (grifo nosso)

² MARINS, James. Direito Processual Tributário Brasileiro (Administrativo e Judicial). 6.ed. São Paulo: Dialética, 2012, p.154.

Em seu recurso voluntário a empresa alega que o produto descrito como 614 (propeno, com NCM 29.01.2200) não corresponde a NCM do "grupo" 27.11.1, não estando afetado pela Solução de Consulta mencionada pela DRJ (fl. 357):

O produto identificado no código 614 apesar de contabilizado na conta contábil de GLP, não pertence ao grupo acima citado, motivo pelo qual a tributação da COFINS é efetuada pela alíquota geral e não pela alíquota monofásica/majorada. O NCM deste produto é 29.01.2.200, tratando-se de propeno., não estando abrangido pela Solução de Consulta SRRF/7ªRF/Disit nº 245 de 31.10.2002, já que a mencionada consulta abrange outros produtos, classificados com outros códigos de NCM e não aquele de código 29.01.2.200.

Verificando as notas fiscais referentes ao citado produto 614 (fls. 268 a 333), percebe-se que todas apontam a classificação no código 2901.22.00, e a descrição do produto como "PROPENO REDUC". Não tendo sido a classificação objeto de questionamento, resta inaplicável ao caso a Solução de Consulta suscitada inauguralmente pelo julgador de piso (restrita, pelo excerto colacionado pela DRJ, a determinados produtos da posição "2711" da NCM).

Assim, a DRJ, ao acrescentar ao processo ementa de solução de consulta efetuada pela empresa, deixa de verificar se tal consulta se prestava a tratar do produto em análise nos autos, cujas notas fiscais estavam disponíveis às fls. 268 a 333. Bastaria a verificação de qualquer uma das notas fiscais para perceber que tratam de produto diverso daqueles abarcados na consulta.

Devem, então, ser afastadas as glosas referentes às mencionadas notas fiscais, que tratam de "PROPENO REDUC" (NCM 2901.22.00), aplicando-se a tais operações a alíquota normal (1,65%) e a sistemática não cumulativa, devendo a unidade local promover as alterações decorrentes na base de cálculo da contribuição.

Acrescente-se que foi no mesmo sentido a decisão deste CARF em outro processo da empresa, tratando do mesmo tema (Acórdão nº 3301-01.565):

"GLP. PROPENO. RECEITAS. TRIBUTAÇÃO CONCENTRADA. As receitas de vendas de gás propeno não estão sujeitas à tributação concentrada à alíquota de 2,56% e sim à tributação pelo regime geral à alíquotade1,65%.

(...) no presente caso, conforme provam as cópias das notas fiscais carregadas aos autos (fls.165/225,228/297e409/412), o gás produzido e comercializado pela recorrente foi o propeno, código 2901.22.00, principal matéria prima de produção de plásticos e não gás combustível como os demais. Portanto, as receitas de vendas de propeno, no valor de R\$ 30.683.607,69, deverão ser excluídas das receitas de GLP, que foram tributadas à alíquota concentrada de 2,56 %, aplicando-lhe (sic) a alíquota normal do PIS não-cumulativo, no percentual de 1,65 %, nos termos da Lei nº 10.637, de 30/12/2002, art. 2º, citado e transcrito anteriormente." (Acórdão nº 3301-01.565, Rel. Cons. José Adão Vitorino de Moraes, maioria, vencida a Cons. Andréa Medrado Darzé) (grifo nosso)

Das ações judiciais

No que se refere às ações judiciais, há que se retomar o esclarecido no tópico em que discorremos sobre a gasolina, especificamente no que se relaciona com o ônus probatório e a dupla vertente da verdade material. Isso porque incumbe à postulante, como já dissemos, o ônus de provar seu direito de crédito em processo de compensação.

A empresa, em momento algum, informa exatamente qual o objeto específico das ações judiciais, nem seu andamento/eventual desfecho, mas demanda crédito que delas decorre como "líquidos e certos", sem qualquer ressalva que denote o caráter não definitivo.

Como destacou o julgador de piso, este procedimento é incorreto, e ocasiona a apresentação de compensação invocando crédito que, em verdade, não é líquido e certo, mas dependente de manifestação definitiva do Poder Judiciário (seja em relação à empresa, ou em relação a terceiros).

Acordamos com a empresa no sentido de que o art. 170-A do CTN seria aplicável apenas se a contestação judicial fosse efetuada pelo próprio sujeito passivo, como decorre da leitura do próprio texto normativo.

Mas, diante da ausência de qualquer elemento, no presente processo, que ateste a certeza e a liquidez do crédito, não se pode reconhecê-lo. Carece, assim, de prova, o direito de crédito pleiteado, prova essa que deveria ter sido apresentada pela postulante.

Pelo exposto, deve ser mantida a glosa, por carência probatória a cargo da postulante.

Conclusão

Pelo exposto, voto no sentido de acolher parcialmente os embargos de declaração apresentados, para anular o Acórdão nº 3401-001.750, e, no mérito da apreciação dos temas contenciosos, dar parcial provimento ao recurso voluntário para afastar as glosas referentes às notas fiscais que tratam de "PROPENO REDUC" (NCM 2901.22.00) carreadas aos autos, aplicando-se a tais operações a alíquota normal (1,65%) e a sistemática não cumulativa, devendo a unidade local promover as alterações decorrente na base de cálculo da contribuição.

Rosaldo Trevisan

Processo nº 10768.720231/2007-08
Acórdão n.º **3401-003.110**

S3-C4T1
Fl. 659

CÓPIA