



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

Processo n° 10768.720080/2007-80
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3202-000.890 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 22 de agosto de 2013
Matéria IPI.RESSARCIMENTO.COMPENSAÇÃO
Recorrente PETROBRAS DISTRIBUIDORA S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 31/12/2004

CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE DA DECISÃO.

O indeferimento da Per/Dcomp por razões diversas daquelas que constaram como fundamento do despacho decisório, sem que o contribuinte seja cientificado e instado a manifestar-se sobre a análise sumária do crédito pleiteado, realizada em sede de julgamento, caracteriza cerceamento de defesa e provoca a nulidade de decisão de primeira instância.

Recurso voluntário parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário, para anular a decisão da DRJ. Declarou-se impedido o Conselheiro Gilberto de Castro Moreira Junior. Fez sustentação oral, pela recorrente, a advogada Monike Sardinha de Almeida, OAB/RJ n°. 138.905.

Irene Souza da Trindade Torres – Presidente

Charles Mayer de Castro Souza – Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Irene Souza da Trindade Torres (presidente), Octávio Carneiro Silva Correa, Charles Mayer de Castro Souza, Luís Eduardo Garrossino Barbieri e Thiago Moura de Albuquerque Alves.

Relatório

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 16/09/2013 por CHARLES MAYER DE CASTRO SOUZA, Assinado digitalmente em 17/09/2013 por IRENE SOUZA DA TRINDADE TORRES, Assinado digitalmente em 16/09/2013 por CHARLES MAYER DE CASTRO SOUZA

Impresso em 17/09/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

A interessada apresentou pedido eletrônico de ressarcimento, cumulado com pedido de compensação de débitos próprios, de crédito do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, no valor de R\$ 5.067.780,59, apurado no 4ª trimestre de 2004, com fundamento no art. 11 da Lei n.º 9.779, de 1999.

Por meio do Parecer Seort/DRF/NIU n.º 690, de 2008, aprovado pela autoridade competente (fls. 307/309), a unidade de origem indeferiu o direito vindicado e não homologou a compensação, ao fundamento de que, no ano-calendário de origem no pretendido crédito, a interessa preponderantemente deu saída de produtos não tributados e que não foram verificados estornos dos créditos dos insumos utilizados em sua elaboração. Afirmou-se, também, que o art. 11 da Lei n.º 9.779/99 dispõe explicitamente que a apuração do saldo credor do imposto acumulado trimestralmente abrange apenas as aquisições matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagens aplicados na industrialização de produtos, inclusive isentos ou tributados à alíquota zero, deixando clara a exclusão dos produtos não tributados (NT).

Por bem retratar os fatos constatados nos autos, transcrevo o Relatório da decisão de primeira instância administrativa, *in verbis*:

Versa o presente processo sobre a Declaração de Compensação — DCOMP Eletrônica n.º 04992.24190.230205.1.3.01-0964, transmitida em 23/02/2005 (fls.01/218), por meio da qual se pretendeu a extinção de débito de IRPJ, da Matriz, PA 01/2005, valor R\$ 5.067.780,59 (fl. 218) utilizando-se de crédito originário de Ressarcimento de IPI relativo ao trimestre 4º/2004, apurado pelo CNPJ 34.274.233/0266-75 (estabelecimento detentor do crédito), filial situada em Duque de Caxias-RJ (fl. 224).

Funda-se o pleito no art. 11 da Lei n.º 9.779/99.

Às fls. 259/277 encontra-se anexada cópia do RAIPI do trimestre 4º/2004, no qual se encontra escriturado o saldo credor acumulado utilizado na compensação.

O processo foi remetido à DRF/Nova Iguaçu, unidade de jurisdição do estabelecimento detentor do crédito, para análise quanto à legitimidade e materialidade do crédito.

Do procedimento fiscal instaurado por meio do MPF n.º 2008-00142-0 resultou o Relatório de Diligência de fls. 278/281, do qual se extrai, em síntese:

- o estabelecimento produz, primordialmente, óleos lubrificantes (automotivos, marítimos e industriais) e, em menor escala, fluidos para freios e radiadores, óleos (isolantes e para pulverização agrícola) e graxas;

- no relatório apresentado pela contribuinte (Relatório de Saída de Produtos — GEI 2003 e 2004, fls. 236/258) em atendimento ao Termo de Intimação de fl. 232, verifica-se que, com exceção dos poucos produtos classificados nas posições 3403.99.00, 3819.00.00 e 3820.00.00, para os quais a contribuinte atribui alíquota 0% (zero), todos os demais apresentam-se com a indicação de se tratarem de produto NT (Não Tributado);

- consulta à TIPI, vigente à época, revela que a alíquota dos produtos classificados nas posições 3403.99.00, 3819.00.00 e

3820.00.00 — para as quais a interessada indica alíquota zero —, eram de 15%, 10% e 10%, respectivamente, cf. fls. 233/234;

- da análise dos RAIFI apresentados verificou-se o "aproveitamento de todos os créditos referentes a insumos aplicados na fabricação tanto de produtos tributados por alíquotas diferentes de zero, quanto na de produtos não tributados (NT)";

- o benefício para o qual a interessada pretende se habilitar, instituído pelo art. 11 da Lei no 9.779/99 aplica-se tão somente ao IPI decorrente da aquisição de insumos empregados na fabricação de produtos tributados, isentos ou alíquota zero, devendo os Créditos originários de aquisição de MP, PI e ME destinados à industrialização de produtos não tributados (NT) serem estornados, na formado § Y do art. 2º da IN SRF nº 33/1999;

- "o contribuinte deu saída preponderantemente a produtos 'não tributados (NT), porém, em seus Livros Registro de IPI, relativos aos anos-calendários de 2003 e 2004, não foram verificados estornos dos créditos dos insuetos utilizados na elaboração dos mesmos";

- a ausência de atendimento ao item 2 do Termo de Intimação (informar, por produto vendido, as MP, PI e ME, envolvidos no processo produtivo) "impossibilitou a segregação dos créditos dos insumos que teriam sido empregados na fabricação de produtos sujeitos normalmente ao IPI, isentos ou com alíquota zero;

- restou demonstrado, assim; que "os créditos aqui pleiteados estão destituídos dos pressupostos de liquidez e certeza".

Na sequência foi prolatado pela autoridade competente da DRF NOVA IGUAÇU o Despacho Decisório de fls. 300/302, 'que, tomando por base o relatório fiscal INDEFERIU o direito creditório e NÃO HOMOLOGOU a compensação declarada; sob o seguinte argumento, em síntese: a empresa deu saída preponderantemente a produtos não tributados, os quais, por estarem fora do campo de incidência do IPI, não possibilitam o aproveitamento dos créditos relativos aos insumos tributados neles empregados, créditos esses que devem ser estornados, na forma do §3º, do art. 2 da IN SRF nº 33/99.

Cientificada pessoalmente do Despacho Decisório, em 24/10/2008 (fl. 303) a interessada apresentou, em 24/11/2008, a manifestação de inconformidade de fls. 312/332 — acompanhada dos Anexos I a III (fls. 333/336) e dos DOC. 1 a 10 (fls. 337/396) — na qual, em síntese:

• argumenta, inicialmente, que praticamente a totalidade dos produtos que industrializa — lubrificantes e óleos derivados de petróleo — se tratam de produtos imunes por força do art. 155, §3º da CRFB, e não de produtos NT, como consignado na TIPI e no despacho decisório;

- *acrescenta que a possibilidade de se proceder a acumulação de créditos pelas entradas de MP, PI e ME utilizados em produtos imunes materializa -se no art. 11 da Lei nº 9.779/99 c/c o art. 4º da IN SRF nº 33199, além do art. 195, §2º, do Decreto no 4.544/2002 (RIPI/2002) e diversas decisões da SRF em processos de consulta;*
- *menciona a publicação do ADI SRF nº 05/2006, que ao dispor sobre a aplicação do art. 11 da Lei nº 9.779/99 e do art. 4º da IN SRF nº 33199, determina não ser possível o aproveitamento de crédito quando o produto está amparado pela imunidade;*
- *acrescenta que, diante da flagrante ilegalidade desse ato normativo, interpôs, por intermédio do SINDICON — Sindicato Nacional das Empresas Distribuidoras de Combustíveis, na Seção Judiciária de Brasília, o MS Preventivo Coletivo nº 2007.34.00.031011-8 (DOC. 8), cuja decisão inicial foi objeto de interposição de Agravo de Instrumento (nº 2007.01.00.049200-1) pelo Sindicon junto ao TRF1, relativamente ao qual foi proferida decisão concedendo tutela antecipada do pleito recursal, suspendendo para as distribuidoras afiliadas os efeitos do ADI SRF d 05/2006 (DOC. 9);*
- *manifesta seu entendimento de que mesmo que o produto resultante da industrialização seja não tributado tem direito ao crédito decorrente da aquisição dos insumos utilizados, em decorrência do princípio da não-cumulatividade, regra constitucionalmente prevista e, portanto, qualquer hipótese de negativa do crédito só poderia ser veiculada pela própria Carta, razão por que o ADI SRF nº 05/2006 é flagrantemente inconstitucional;*
- *requer a realização de perícia química (tendente a comprovar que se trata de derivado de petróleo, imune) e contábil, indicando os respectivos peritos e formulando quesitos nos Anexos II e III, respectivamente, e, ainda, nova diligência em seu estabelecimento para comprovar que as informações prestadas atinentes à entrada de insumos e saída de produtos imunes e tributados normalmente ou à alíquota zero não contêm equívoco de que possa decorrer a negativa de homologação;*
- *reafirma, ao final, seu pedido de homologação da compensação a que se refere o presente processo.*

É o relatório.

A 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Juiz de Fora – DRJ/JFA julgou improcedente a manifestação de inconformidade, proferindo o Acórdão DRJ/CPS n.º 09 - 25.997, de 4/9/2009 (fls. 419/427), assim ementado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI

Período de apuração: 01/10/2004 a 31/12/2004

RESSARCIMENTO. COMPENSAÇÃO. PROCESSO JUDICIAL EM ANDAMENTO.

I - É vedado o ressarcimento a estabelecimento pertencente a pessoa jurídica com processo judicial cuja decisão definitiva possa alterar o valor a ser ressarcido.

II - É ilegítima a compensação baseada em créditos do IPI em discussão judicial, antes do trânsito em julgado, ainda mais se inexistir provimento judicial eficaz reconhecendo o crédito e autorizando a compensação com quaisquer tributos administrados pela RFB.

Manifestação de Inconformidade Improcedente.

Direito Creditório Não Reconhecido

Irresignada, a interessada apresentou, no prazo legal, recurso voluntário de fls. 432/450, através do qual sustenta, em síntese, depois de defender a sua tempestividade e de descrever os fatos:

Manteve-se a negativa de homologação do pleito ao fundamento de que a decisão proferida em Mandado de Segurança Coletivo impetrado pelo Sindicon não pode servir de suporte à tese esposada pela PETROBRAS DISTRIBUIDORA - BR.

Segundo os eminentes julgadores, ao mesmo tempo em que questão relacionada ao direito à manutenção de créditos quando da venda de produtos imunes só poderá ser decidida pelo Judiciário, eis que àquele Poder está entregue, só seria possível a compensação de créditos reconhecidos por decisão judicial transitada em julgado, na forma do art. 170-A do CTN. No entanto, o art. 170-A do CTN incide nos casos em que há pleito judicial de contribuinte pela compensação de créditos, o que não é o caso em tela. Não há demanda judicial em que sejam parte a BR e a União, na qual se esteja discutindo a qualidade do crédito em questão e a viabilidade de ser compensado.

Ora, o ajuizamento do Mandado de Segurança Coletivo, porque não se adapta às condições previstas nos arts. 25 e 70 da Instrução Normativa – IN SRFB nº. 900, de 2008, não retira da Administração fazendária a análise do caso. A decisão proferida pelo C. TRF-1, ao afastar a incidência do Ato Declaratório Interpretativo - ADI nº 05, de 2006, apenas vincula a atuação da RFB nesse aspecto da análise. O Mandado de Segurança Coletivo impetrado pelo Sindicon não trata de pedido de compensação, mas da constitucionalidade/legalidade do ADI nº 5, de 2006, utilizado pela Receita Federal como fundamento para negar o reconhecimento de créditos de IPI.

Existe decisão válida e eficaz afastando a incidência do referido ADI, isto é, fica a Administração Pública impedida de negar compensações/homologações sob o fundamento de que não é possível a manutenção de créditos quando da saída de produto imune. Qualquer outro aspecto relacionado à validade do crédito e à possibilidade de compensação pode ser colocada sob escrutínio da Receita Federal.

Comercializa produtos industrializados derivados de petróleo.

Mesmo em se tratando de produtos imunes, é possível a manutenção dos créditos pelas entradas de MP, ME e PI, na forma do art. 4º da IN SRF nº. 33, de 1999 (reproduz, também, o art. 195 do Decreto nº 4.544, de 2002 – RIPI/2002). Essa sistemática já está sedimentada na RFB (reproduz ementas de Soluções de Consulta).

O ADI SRF nº 5, de 2006, em seu art. 2º, II, informa que não é possível o aproveitamento de crédito quando o produto estiver amparado pela imunidade. Diante da

flagrante ilegalidade desse ato normativo, o Sindicon - Sindicato Nacional das Empresas Distribuidoras de Combustíveis impetrou Mandado de Segurança Preventivo Coletivo contra o Secretário da Receita Federal do Brasil (Mandado de Segurança N.º 2007.34.00.031011-8; 8ª Vara Federal da Seção Judiciária de Brasília/DF). No Agravo de Instrumento n.º 2007.01.00.049200-1, interposto pelo Sindicon, foi proferida decisão concedendo tutela antecipada do pleito recursal, suspendendo, para as distribuidoras afiliadas, os efeitos do ADI SRF n.º 05, de 2006.

Não é possível a negativa legítima da RFB diante do pleito de homologação dos créditos de IPI pela aquisição de insumos para a industrialização dos produtos em tela que, por serem derivados de petróleo, são imunes.

A negativa de homologação no caso em tela representa frontal desrespeito à decisão judicial.

Ao final, requer a Recorrente, de início, o recebimento do Recurso no efeito suspensivo, haja vista a norma contida no art. 66, § 5º, da IN RFB n.º 900, de 2008, de modo que o crédito tributário materializado neste processo administrativo não obste a emissão de Certidão de regularidade Fiscal. Empós, a homologação do pedido.

O processo digitalizado foi distribuído a este Conselheiro Relator, na forma regimental.

É o relatório

Voto

Conselheiro Charles Mayer de Castro Souza, Relator.

O recurso atende a todos os requisitos de admissibilidade previstos em lei, razão pela qual dele se conhece.

A unidade de origem indeferiu o pleito de ressarcimento e não homologou as compensações vinculadas, ao argumento de que a Recorrente preponderantemente promoveu a saída de produtos não tributados e que não foram verificados estornos dos créditos referentes aos insumos utilizados em sua elaboração.

Instaurado o litígio, a DRJ julgou improcedente a manifestação de inconformidade, com base em norma que veda o ressarcimento de valores a estabelecimento pertencente a pessoa jurídica com processo judicial cuja decisão definitiva possa vir a alterar o valor a ser ressarcido (arts. 25 e 70 da Instrução Normativa RFB n.º 900, de 2008). A não homologação das compensações se deu também com base no art. 170-A do CTN.

Pois bem.

Note-se, inicialmente, que o fundamento utilizado pela DRJ para manter a decisão impugnada é diverso daquele adotado pela unidade de origem para indeferir o pedido de ressarcimento/compensação, o que por si só já autorizaria decretar-se a nulidade da decisão recorrida, pois esse fato caracteriza cerceamento ao direito de defesa, uma vez que à interessada não se conferiu oportunidade de se pronunciar sobre o motivo que levou a DRJ a manter a decisão, entendimento com o qual comunga o CARF, conforme demonstram as seguintes ementas:

CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE DA DECISÃO. O indeferimento da Per/Dcomp por razões diversas daquelas que constaram como fundamento do despacho decisório, sem que a contribuinte seja cientificada e instada a manifestar-se sobre a análise sumária do crédito pleiteado, realizada em sede de

juízo, caracteriza cerceamento de defesa e provoca a nulidade de decisão de primeira instância. Reconhecimento do Direito Creditório. Análise Interrompida. Inexiste reconhecimento de direito creditório quando a apreciação da restituição/compensação fundamentou-se na impossibilidade de restituição de estimativa de tributo. É necessário que a autoridade administrativa que jurisdiciona a contribuinte analise o pedido de restituição/compensação (Per/Dcomp) à luz da existência, suficiência e disponibilidade do crédito. (CARF/Primeira Seção/1ª Turma Especial, Acórdão n.º 1801-001.335, de 05/03/2013).

FUNDAMENTOS DO LANÇAMENTO. PREJUÍZO AO DIREITO DE DEFESA DO SUJEITO PASSIVO. NULIDADE. É nula, por prejuízo ao direito de defesa do sujeito passivo, a decisão de primeira instância que apresenta fundamentos fático-jurídicos ao lançamento impugnado não constantes da peça de ataque. (CARF/Segunda Seção/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária, Acórdão n.º 2401-002.593, de 14/08/2012).

Não bastasse, a decisão impugnada fundamentou-se no fato de que a interessada estaria litigando com a Fazenda Pública, haja vista que o sindicato que integra figura como parte autora em demanda objeto de Mandado de Segurança – MS coletivo, versando sobre a mesma matéria objeto dos autos.

O equívoco também aqui é evidente.

É que o MS coletivo não induz litispendência, nos termos do art. 22, § 1º, da Lei n.º 12.016, de 2009.

A litispendência, é sabido, constitui o ajuizamento de duas ou mais ações que possuam as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido (§§ 1º e 2º do art. 301 do CPC - Código de Processo Civil Brasileiro), de forma que não se pode afirmar tenha a interessada ajuizado qualquer ação judicial, já que a sua personalidade jurídica não se confunde com a personalidade jurídica de seu sindicato.

Esse entendimento, agora explicitamente encartado na nova lei, há muito estava sedimentado na jurisprudência, mesmo quando ainda vigente a lei anterior do MS (Lei n.º 1.533, de 1951).

Ante o exposto, por considerar cerceado o direito de defesa da Recorrente, e tendo em vista o disposto no inciso II do art. 59 do Decreto n.º 70.235, de 1972, voto por **DAR PROVIMENTO PARCIAL** ao recurso voluntário, para anular a decisão proferida pela DRJ.

É como voto.

Charles Mayer de Castro Souza

CÓPIA