



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

Processo nº 10768.720427/2007-94
Recurso nº 01
Resolução nº **3301-000.155 – 3ª Câmara/ 1ª Turma**
Data 18 de julho de 2012
Assunto Solicitação de diligência
Recorrente PETRÓLEO BRASILEIRO S.A - PETROBRÁS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por maioria de votos, em converter o julgamento do recurso voluntário em diligência, nos termos do voto da Redatora designada. Vencidos os Conselheiros José Adão Vitorino de Moraes (Relator) e Rodrigo da Costa Possas. Designada para redigir a Resolução a conselheira Andréa Darzé. Fez sustentação oral pela recorrente, o advogado Danillo José Souto Vita, OAB/PB 14.548.

[assinado digitalmente]

Rodrigo da Costa Pôssas – Presidente

[assinado digitalmente]

José Adão Vitorino de Moraes – Relator

[assinado digitalmente]

Andréa Medrado Darzé – Redatora designada.

Participaram ainda da sessão de julgamento os conselheiros Rodrigo da Costa Pôssas (presidente), José Adão Vitorino de Moraes, Maria Teresa Martinez Lopez, Paulo Guilherme Déroulède, Antônio Lisboa Cardoso e Andréa Medrado Darzé.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra decisão da DRJ Rio de Janeiro II que julgou procedente em parte a manifestação de inconformidade interposta contra despacho decisório que não homologou a compensação do débito de Cofins, vencido em 15/09/2005, declarado na Declaração de Compensação (Dcomp) às fls. 05/09, com crédito

financeiro decorrente de pagamento a maior desta mesma contribuição referente à competência de maio de 2003, recolhida em 13/06/2003.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária (Derat) no Rio de Janeiro não homologou a compensação do débito tributário declarado sob o argumento de inexistência do alegado pagamento a maior que gerou o indébito declarado, como crédito financeiro, na Dcomp em discussão, conforme Relatório de Diligência Fiscal às fls. 63/70 e Parecer/Despacho Decisório às fls. 72/79.

Inconformada com aquele despacho, a recorrente interpôs manifestação de inconformidade (fls. 90/105), insistindo na homologação da compensação do débito tributário declarado, alegando razões assim resumidas por aquela DRJ:

“a) No que tange à gasolina, não foram consideradas as deduções do produto 623 (gasolina de aviação), tributada à alíquota de 3% (art. 4º, incisos I c/c IV da Lei 9.718/98);

b) No que tange ao Diesel, não foi deduzido o valor relativo à revenda REPAR de monofásico da REFAP (o tributo foi pago pela REFAP e só incide uma vez) – doc 3;

c) No que tange ao GLP, não foi deduzido o valor relativo ao propano/butano;

d) No que tange ao Querosene de Aviação, não foi deduzido o valor relativo a exportações;

e) Não há desconformidade com relação aos demais produtos – alíquota de incidência de 3%;

f) A variação cambial positiva é, na realidade, ajuste de valor contabilizado anteriormente, não representando aumento do patrimônio ou ingresso de novas receitas, razão pela qual não poderia ser tributada pela Cofins;

g) O procedimento adotado na apuração da Cofins encontra respaldo na própria Lei nº 9. 8718/98, no inciso II do § 2º do artigo 3º e no § 1º do art. 3º;

h) A doutrina é uníssona no que tange à impossibilidade de se tributar a variação cambial. Também a jurisprudência administrativa se manifesta nesse sentido;

i) O STJ apresenta diversos julgados que reforçam o entendimento do contribuinte, o que não foge do entendimento dos Tribunais Regionais Federais;

j) O acréscimo dos valores relativos a variações cambiais terceiros – venda e variações cambiais controladora decorrem de exportação, em relação a qual há imunidade. Há entendimento consolidado pelas Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ;

k) O STF já se manifestou sobre esse tema ao considerar no RE 357950/RS a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98 que ampliou o conceito de receita bruta para toda e qualquer receita. O referido precedente, nos termos do que dispõe o art. 26-A, §

6º, I do Decreto 70.2335/72, deve ser observado de modo a que se afaste da base de cálculo da Cofins a receita oriunda de variação cambial;

l) Apresenta planilha demonstrando o crédito apurado;

m) O Fisco retificou o valor da CIDE com base na DIPJ, o que não procede, pois esta não permite retificação e não apresenta o valor mais atualizado, o que é veiculado pela última DCTF retificadora, enviada em 19/05/2005, bem como demonstrado na planilha em anexo;

n) Do valor da Cofins devida deve ser abatido o valor referente a CIDE-combustíveis, além do pagamento feito via Per/Dcomp (doc. 5) e os valores recolhidos em DARF o que nos leva a concluir que o crédito de Cofins equivale a RR 5.913.406,22.”

Analisada a manifestação de inconformidade, aquela DRJ julgou-a procedente em parte, fazendo apenas um ajuste em “Outras Receitas”, excluindo destas os valores incluídos de ofício pela Fiscalização, mantendo-se apenas nesta rubrica os valores declarados pela recorrente. Contudo, manteve a não-homologação da compensação do débito declarado, conforme Acórdão nº 13-33.446, datado de 17/02/2011, às fls. 161/172, sob as seguintes ementas:

“IMPUGNAÇÃO. ALEGAÇÃO SEM PROVAS.

A manifestação de inconformidade apresentada contra decisão que reconheceu em parte o direito creditório pleiteado deverá conter os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e deverá vir acompanhada dos dados e documentos comprovadores dos fatos alegados.

REGIME ESPECIAL DE TRIBUTAÇÃO CONCENTRADA. GLP. O regime especial de tributação concentrada incidente na comercialização de gás liquefeito de petróleo (GLP) alcança também a receita de venda de propano e butano desde a edição da Lei 9.990/2000, que de nova redação ao art. 4º, III, da Lei nº 9.718/1998.

BASE DE CÁLCULO. ALTERAÇÃO. LEI Nº 9.718/98. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL.

Declarada a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 pelo plenário do STF, em sede de controle difuso, e tendo sido, posteriormente, reconhecida por aquele Tribunal a repercussão geral da matéria em questão e reafirmada a jurisprudência adotada, deliberando-se, inclusive, pela edição de súmula vinculante, deixa-se de aplicar o referido dispositivo, conforme autorizado pelos Decretos nºs 2.346/97 e 70.235/72.

APRESENTAÇÃO DE PROVAS APÓS A IMPUGNAÇÃO.

A prova documental deve ser apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior, se refira fato ou a direito superveniente ou destine a contrapor fato ou razões posteriormente trazidas aos autos.

Cientificada dessa decisão, a recorrente interpôs recurso voluntário (177/191), requerendo a sua reforma a fim de se homologue a compensação do débito fiscal declarado, alegando, em síntese, erro no preenchimento da DCTF e que os documentos, ora anexados, notas fiscais de venda de gasolina de aviação (623), no valor de R\$10.372.820,00; notas fiscais de venda do produto 614 (propeno), erroneamente chamado propano e butano, no valor de R\$71.014.266,67; e, notas fiscais de venda, em regime monofásico, de óleo diesel, no valor de R\$3.872.814,67, comprovam tais operações e sua tributação pela Cofins sob o regime normal, ou seja, à alíquota de 3,0%, e, portanto, devem ser excluídas da base de cálculo tributada a alíquotas diferenciadas. Alegou, ainda, erro no valor da CIDE deduzida; foi deduzido o valor de R\$644.523.611,17, quando o correto é valor de R\$658.383.478,17, conforme consta da DCTF retificadora 30.41.80.25.51, transmitida em 19/05/2005, e planilha juntada a este recurso. Levando-se em conta essas operações, resulta indébito (pagamento a maior), para o mês de maio de 2003, no valor de R\$5.913.406,22, suficiente para homologar a compensação do débito declarado na Dcomp em discussão.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro José Adão Vitorino de Moraes.

O recurso apresentado atende aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972.

A questão de mérito se restringe à comprovação de erro no valor da contribuição da Cofins apurada e declarada para o mês de maio de 2003 e no valor da CIDE deduzida esta contribuição.

Em seu recurso voluntário, a recorrente alega que as receitas decorrentes de vendas de: a) gasolina de aviação, no valor R\$10.372.820,00; b) de propeno (código 614), no valor de R\$71.014.266,67; e, c) de óleo diesel, no valor de R\$3.872.814,67, foram incluídas, de forma indevida, na base de cálculo da Cofins sujeita à tributação diferenciada, quando, segundo a legislação desta contribuição, a gasolina de aviação e o propeno estão sujeitas à alíquota normal de 3,0 % e o óleo diesel, no presente caso, à tributação monofásica; e, ainda, a erro no valor da CIDE dedução, naquele mês, cujo valor inicialmente declarado foi de R\$644.523.611,17, quando o correto seria o valor de R\$658.383.478,17.

A autoridade julgadora de primeira instância não reconheceu a certeza e liquidez do crédito financeiro declarado na Dcomp em discussão única e exclusivamente sob o argumento de que a recorrente não provou as vendas daqueles produtos.

Para comprovar os alegados erros, a recorrente carrou aos autos, nesta fase recursal, a documentação às fls. 258/386.

Do seu exame, verifica-se que as cópias das notas fiscais às fls. 258/268 comprovam as operações de vendas de gasolina de aviação, no valor de R\$9.961.143,40; as cópias das notas fiscais às fls. 269/379 comprovam a venda de propeno, no valor R\$71.014.266,67; e as cópias das notas fiscais às fls. 380/385 a venda de óleo diesel, no valor de R\$3.872.814,67.

Segundo o disposto na Lei nº 9.718, de 27/11/1998, arts. 2º e 3º, a base de cálculo da Cofins é o faturamento mensal correspondente à receita operacional bruta. Já em seu art. 8º, elevou a sua alíquota de cálculo para o percentual de três por cento.

Esta mesma lei estabeleceu tributação diferenciada para receitas decorrentes de algumas operações econômicas, dentre elas as de gasolina automotiva e gás liquefeito de petróleo, assim dispondo:

“Art. 4º As contribuições para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PIS/Pasep e para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, devidas pelas refinarias de petróleo serão calculadas, respectivamente, com base nas seguintes alíquotas:

I – dois inteiros e sete décimos por cento e doze inteiros e quarenta e cinco centésimos por cento, incidentes sobre a receita bruta decorrente da venda de gasolinas, exceto gasolina de aviação;

II – dois inteiros e vinte e três centésimos por cento e dez inteiros e vinte e nove centésimos por cento, incidentes sobre a receita bruta decorrente da venda de óleo diesel;

III – dois inteiros e cinquenta e seis centésimos por cento e onze inteiros e oitenta e quatro centésimos por cento incidentes sobre a receita bruta decorrente da venda de gás liquefeito de petróleo – GLP.

Art. 6º O disposto no art. 4º desta Lei aplica-se, também, aos demais produtores e importadores dos produtos ali referidos.”

Já IN SRF nº 247, de 22/11/2002, assim dispôs:

“Art. 53. As alíquotas do PIS/Pasep e da Cofins fixadas para refinarias de petróleo, demais produtores e importadores de combustíveis são, respectivamente, de:

I – 2,7% (dois inteiros e sete décimos por cento) e 12,45% (doze inteiros e quarenta e cinco centésimos por cento), quando se tratar de receita bruta decorrente da venda de gasolinas, exceto gasolina de aviação;

II – 2,23% (dois inteiros e vinte e três centésimos por cento) e 10,29% (dez inteiros e vinte e nove centésimos por cento), quando se tratar de receita bruta decorrente da venda de óleo diesel;

III – 2,56% (dois inteiros e cinquenta e seis centésimos por cento) e 11,84% (onze inteiros e oitenta e quatro centésimos por cento), quando se tratar de receita bruta decorrente da venda de gás liquefeito de petróleo;

(...);

V – 0,65% (sessenta e cinco centésimos por cento) e 3% (três por cento), quando se tratar de receita bruta decorrente das demais atividades.

Parágrafo único. O gás liquefeito de petróleo de que trata o inciso III abrange os códigos 2711.12.10, 2711.12.90, 2711.13.00, 2711.14.00, 2711.19.10 e 2711.19.90 da Tipi.”

Segundo estes dispositivos legais, as receitas decorrentes de vendas de gasolina de aviação estão sujeitas à tributação pelo regime geral, à alíquota de 3,0 %. Já os gases liquefeitos de petróleo estão sujeitos à tributação diferenciada. Contudo, o parágrafo único do art. 53 da IN 247/2002, citado e transcrito acima limitou a abrangência dos gases liquefeitos de petróleo aos códigos nele elencados e, dentre eles, não foi elencado o gás propeno, código 2901.22.00, principal matéria prima de produção de plásticos, e não para combustível como os demais. Já óleo diesel foi submetido ao regime monofásico, à alíquota de 10,29%.

Assim, assiste razão à recorrente, devendo ser excluídas as receitas de gasolina de aviação, de propeno e de óleo diesel, regime monofásico, nos valores de R\$9.961.143,40; R\$71.014.266,67; e R\$3.872.814,67, respectivamente, das receitas totais da gasolina automotiva, do GLP, e do óleo diesel, tributando os dois primeiros valores pela alíquota de 3,0 %, regime geral, e não tributando o último valor.

Quanto ao alegado erro no valor da CIDE deduzida da Cofins, a recorrente alega que o valor correto é R\$658.383.478,17 e não os R\$644.523.611,77, considerados pela DRF e que fora informado e apurado pela própria recorrente por meio da planilha às fls. 39, denominada “Apuração da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico CIDE-Combustíveis”.

A autoridade julgadora de primeira instância não aceitou a retificação do valor da CIDE sob o fundamento de que o valor deduzido foi apurado pela própria recorrente por meio da planilha às fls. 39 e, na manifestação de inconformidade, embora tenha apresentado nova planilha, não justificou nem apresentou documentos comprovando o erro alegado, se limitando a informar que retificou a DCTF e, ainda, que o erro teria decorrido do fato de a CIDE ter sido calculada a cada emissão de nota fiscal (a cada faturamento) e o recálculo feito pelo montante do faturamento do mês. No recurso voluntário, apresentou quadro contendo valores da DCTF (fls. 186) e quadro do cálculo da CIDE (fls. 188), sem, contudo, apresentar memória de cálculo e cópia dos documentos fiscais e contábeis que provariam tais valores.

Como foi a própria recorrente que elaborou e apresentou a planilha às fls. 39, demonstrando o valor da CIDE deduzida da Cofins, com o objetivo de provar a certeza e liquidez do crédito financeiro declarado na Dcomp em discussão, o ônus de provar erro nos valores constantes daquela planilha e, conseqüentemente, na apuração do seu valor é dela e não Fisco.

A Lei nº 9.784, de 29/01/1999, art. 36, assim estabelece:

“Art. 36. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no artigo 37 desta Lei.”

Também, segundo a Lei nº 5.869, de 11/01/1973 (Código de Processo Civil), art. 333, o ônus da prova é de quem alega, assim dispondo:

“Art. 333. O ônus da prova incumbe:

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.”

Ao contrário do entendimento da recorrente, a Secretaria da Receita Federal não dispõe de documentos hábeis (notas fiscais, livro registro de saídas de mercadorias, contas de resultado do Razão) que lhe permitiriam comprovar o alegado erro na apuração da CIDE.

Dessa forma, não tendo a recorrente apresentado documentos comprovando o alegado erro no valor da CIDE inicialmente declarado, rejeita-se sua retificação.

Quanto à homologação da compensação de débito fiscal, efetuada pelo próprio sujeito passivo, mediante a transmissão de Declaração de Compensação (Dcomp) e sua extinção, nos termos da Lei nº 9.730, de 27/12/1996, aquela está condicionada à certeza e liquidez do crédito financeiro declarado.

No presente caso, a documentação apresentada pela recorrente comprovou a liquidez e certeza de parte do crédito financeiro declarado na Dcomp em discussão.

Dessa forma, reconhecido a liquidez e certeza de parte do crédito financeiro declarado na Dcomp em discussão, a compensação do débito declarado deve homologada até o limite do crédito financeiro a que a recorrente faz jus.

Em face do exposto e de tudo o mais que consta dos autos, dou provimento parcial ao recurso voluntário para reconhecer o direito de a recorrente excluir do total das receitas: a) da gasolina automotiva, tributada à alíquota de 12,45%, as receitas de gasolina de aviação, no valor R\$9.961.143,40, tributando este valor pela alíquota de 3,0 %; b) da do GLP, tributado à alíquota de 11,84 %, as receitas de propeno, no valor de R\$71.014.266,67, tributando este valor à alíquota de 3,0 %; e, c) da do óleo diesel, tributado à alíquota de 10,29 %, excluindo este valor de qualquer tributação por ter sido tributado no regime monofásico, cabendo à autoridade administrativa competente, apurar novo valor para a Cofins, para a competência de maio de 2003, e, conseqüentemente, o indébito tributário decorrente da tributação, ora determinada para aquelas receitas, ou seja, de gasolina de aviação e de propeno, e, ainda, homologar a compensação do débito fiscal declarado na Dcomp em discussão até o limite do crédito financeiro apurado, acrescido de juros compensatórios, à taxa Selic, exigindo-se o saldo devedor não extinto pela homologação.

[assinado digitalmente]

José Adão Vitorino de Moraes – Relator

Voto Vencedor

Conselheira Andréa Medrado Darzé.

O recurso é tempestivo, atende as demais condições de admissibilidade e dele tomo conhecimento.

Conforme é possível perceber do relato acima, a Recorrente alega, dentre outras matérias de defesa, que teria ocorrido um erro na apuração do valor da CIDE a ser deduzida da COFINS, pois, no seu entender, o valor correto seria de R\$ 658.383.478,17, nos termos da

DCTF retificadora transmitida antes da DCOMP, e não de R\$ 644.523.611,77, considerados pela DRF.

A autoridade julgadora de primeira instância, todavia, não aceitou a retificação do valor da CIDE sob o fundamento de que o valor deduzido foi apurado pela própria recorrente por meio da planilha às fls. 39. E que, embora tenha apresentado nova planilha com o valor indicado na DCTF retificadora, não justificou o erro alegado.

Ocorre que, diferentemente do defendido pela autoridade julgadora, ambos os valores relativos à CIDE - R\$ 644.523.611,77 e R\$ 658.383.478,17 - resultaram de planilhas apresentadas pelo próprio contribuinte, as quais, ressalte-se, refletem os valores constituídos em DCTF e DCTF retificadora, respectivamente.

A circunstância de a contribuinte ter se equivocado e apresentado primeiramente à fiscalização planilha que reflete o valor da DCTF original e, percebendo seu equívoco, apresentado posteriormente nova planilha, agora sim, refletindo o valor da DCTF retificadora não é suficiente para não analisar a DCTF retificadora e, como consequência, a apuração da CIDE que o contribuinte entende correta.

Tecidos estes comentários, resta evidente que a documentação trazida pela Recorrente deveria ter sido analisada.

Neste contexto, verificando a existência nos autos de indícios de que efetivamente ocorreu um erro na apuração do valor da CIDE a ser deduzida da COFINS, o que possivelmente motivou a apresentação de DCTF retificadora, e considerando o que dispõe o art. 18, I, Anexo II, da Portaria MF nº 256/08, o qual prevê a realização de diligências para suprir deficiências do processo, proponho que se converta o julgamento deste Recurso Voluntário em diligência à repartição de origem, para que verifique se está correto o valor indicado pela Recorrente como valor da CIDE a ser deduzida da COFINS na DCTF retificadora (R\$ 658.383.478,17).

[assinado digitalmente]
Andréa Medrado Darzé