

PROCESSO - A. I. Nº 299904.0001/03-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRÁS
RECORRIDOS - PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRÁS e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO- Acórdão 2ª JJF nº 0398-02/04
ORIGEM - COFEP - DAT/NORTE
INTERNET - 01/04/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0071-12/05

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. É vedada a utilização de crédito fiscal de material de uso e consumo. Não comprovado que os materiais tratam-se de produtos intermediários que participam do processo de fabricação como elementos integrantes do produto final, e indispensáveis à sua composição. Infração comprovada. **b)** LANÇAMENTO EM DUPLICIDADE. Infração parcialmente elidida. **c)** SERVIÇO DE TRANSPORTE DE PESSOAL. Infração caracterizada. **d)** TRANSFERÊNCIA DE BENS DO ATIVO IMOBILIZADO E MATERIAIS DE CONSUMO. Modificada a Decisão. Infração caracterizada. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. **a)** BEM DESTINADO AO ATIVO PERMANENTE. Infração caracterizada. **a.1.** TRANSFERÊNCIAS DE BENS. Infração não elidida. **b)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. **b.1)** TRANSFERÊNCIA DE BENS. Infrações comprovadas. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS DE COMBUSTÍVEIS (GASOLINA E ÓLEO DIESEL) A CONTRIBUINTES DESTE ESTADO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO. Comprovado que o valor do imposto não foi retido. Correção da multa aplicada. Recurso de Ofício **PARCIALMENTE PROVIDO.** Decisão unânime em relação à infração 2 e, por maioria, quanto à infração 12. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO.** Decisão unânime em relação às infrações 6, 8, 10 e 13; decisão não unânime quanto às infrações 1, 3 e 9, e, por maioria, em relação à infração 5.

RELATÓRIO

Trata o presente julgamento de Recurso Voluntário relativo aos itens 1, 3, 5, 6, 8, 9, 10 e 13, tendo o autuado reconhecido por inteiro os itens 4, 7 e 11 e parcialmente os itens 2, 5 e 6; e de Recurso de Ofício referente aos itens 2 e 12.

O Auto de Infração fora lavrado em 29/06/2004, para exigir ICMS no valor de R\$2.560.683,98, os acréscimos legais correspondentes e proposição de aplicação das multas que discrimina, tendo sido apontadas as seguintes irregularidades:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. R\$406.416,58 e multa de 60%. Utilizou créditos de ICMS decorrente de aquisições de produtos químicos para análise e tratamento de água, preservação de equipamentos e outros materiais de uso e consumo.

2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documento(s) fiscal (is) em duplicidade. ICMS de R\$103.186,47 e multa de 60%.
3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a serviço de transporte interestadual ou intermunicipal não vinculado a processo de industrialização, produção, agropecuária, geração ou extração, que resulte em operações de saídas tributadas. Referente as aquisições de serviços de transporte de pessoal. ICMS de R\$1.068.930,17 e multa de 60%.
4. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a imposto não destacado em documento (s) fiscal (is). Referente às devoluções de armazenagem das Notas Fiscais nºs 398691 e 398693 de 12/11/01. ICMS de R\$17.841,34 e multa de 60%.
5. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. ICMS de R\$207.417,83 e multa de 60%.
6. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do estabelecimento. Referente às transferências de bens. ICMS de R\$90.547,73 e multa de 60%.
7. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da federação e destinadas ao consumo do estabelecimento. ICMS de R\$18.225,03 e multa de 60%.
8. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento. Referente às transferências, conforme demonstrativo Anexo H. ICMS de R\$39.904,09 e multa de 60%.
9. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da federação destinadas ao consumo do estabelecimento. Referente às aquisições de produtos químicos para análise e tratamento de água, preservação de equipamentos e outros. ICMS de R\$249.881,32 e multa de 60%.
10. Reteve e recolheu a menor o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas de combustíveis e lubrificantes para contribuintes localizados neste estado. Nas saídas de gasolina A em virtude de erro na aplicação do Preço de Referência estabelecido por autoridade competente. ICMS de R\$29.478,98 e multa de 60%.
11. Reteve e recolheu a menor o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas de combustíveis e lubrificantes para contribuintes localizados neste estado. Nas saídas de óleo diesel em virtude de erro na aplicação do preço de referência. ICMS de R\$18.121,62 e multa de 60%.
12. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente a transferência interestadual de bem de uso e consumo. Utilizou indevidamente crédito fiscal do ICMS por estorno de débito, lançado no RAICMS referente às transferências interestaduais de bens do ativo permanente e materiais de uso e consumo em desacordo com o que determina o artigo 624 do RICMS/97. O contribuinte ao efetuar transferências interestaduais dos materiais supracitados creditou-se, a título de estorno de débito, do valor total do ICMS destacado nas notas fiscais. ICMS de R\$210.537,18 e multa de 60%.
13. Deixou de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo

às operações de vendas de combustíveis e lubrificantes realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Referentes às notas fiscais complementares emitidas conforme demonstrativo Anexo M. ICMS de R\$100.195,64 e multa de 150%.

O autuado, através de seu advogado Dr. Edimar Evangelista Prates, ingressara com defesa, fls. 74/104, na qual tecera as seguintes considerações, em síntese, trazidas ao conhecimento dos membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal no relatório do julgamento de Primeira Instância:

Em 12/07/2004, a impugnante reconheceu a procedência de parte das infrações 2 (parcial), 4 (total), 5 (parcial), 6 (parcial), 7 (total) e 11 (total), recolhendo a quantia de R\$455.372,37.

Que o autuado Impugnara a infração 1, relativa a uso de crédito de ICMS incidente na aquisição de produtos químicos, basicamente, *hipoclorito de sódio e cloro liquefeito* – para controle microbiológico, *fosfato trissódico* – para controle do PH, *hidrato de hidrazina*, dosado para consumir o oxigênio dissolvido na água, *barrilha/carbonato de sódio*, utilizado para controle de PH, evitando corrosão e/ou incrustação, *fluído térmico e gás freon* – utilizados em circuito fechado para aquecimento de equipamentos e/ou tubulações, *glicerina* – utilizada no processo de instrumentação, *óleo lubrax* – consumo de transformadores, etc.

Quanto à infração 2, o autuado não reconheceria o valor parcial de R\$7.485,37, pois se refere ao ICMS destacado na nota fiscal de energia elétrica emitida pela COELBA, com vencimento em 23/08/2000, conforme cópia em anexo. (doc. 4).

No que concerne à infração 3, entendera o autuado que o artigo 97, inciso II, alínea “c”, do RICMS/97 impõe restrição ao direito de crédito de ICMS sobre os faturamentos dos contratos de prestação de serviços de transporte de pessoal de unidade operacional e administrativa.

Quanto à infração 5, o sujeito passivo reconheceu o débito no valor histórico de R\$67.266,98, referente ao exercício de 2001. Dissera que o débito anterior a 2001 não procederia, pois apesar de o autuado ter omitido o lançamento a débito no Livro de Apuração do ICMS, considerando que o mesmo valor geraria o correspondente crédito do ICMS, que fora efetuado, restaria claro que o procedimento não resultou em perda para o erário estadual.

Na infração 6, que se refere ao diferencial de alíquotas, incidente nas transferências interestaduais tributadas de bens do ativo, que não foi recolhido ao Estado da Bahia, dissera o autuado tratar-se de transferências de bens que estariam protegidas por liminar em outras unidades da Federação e que não houve destaque do imposto na nota fiscal e que assim, não tendo a operação sido submetida à tributação na origem, por força da medida liminar, descaberia o recolhimento do diferencial de alíquotas.

Quanto à infração 8 em que o valor reclamado se refere às transferências de bens que estão sob liminar em outras unidades da Federação e que não houve destaque do imposto na nota fiscal, não tendo sido submetida à tributação na origem por força de medida liminar, descaberia o recolhimento também do diferencial de alíquota.

Na infração 9 não existe valor algum a ser recolhido, pois a aquisição de bens destinados ao ativo fixo do estabelecimento está fora do âmbito de incidência do ICMS, pois não se trata da aquisição de mercadorias, e parte das operações consideradas pelo Fisco como sendo de aquisição de mercadorias destinadas ao consumo do próprio estabelecimento, consistiram, na realidade, em mera transferência de produtos químicos, entre estabelecimentos da Petrobrás que não podem ser oneradas com o imposto, nem com o diferencial de alíquota a elas pertinentes, segundo o entendimento jurisprudencial contido na Súmula 166 do STJ.

Quanto à infração 10, afirma que realizou as operações de venda dos produtos constantes nas notas fiscais apontadas no Auto de Infração, com o preço determinado na Portaria Ministerial Publicada no Diário Oficial da União pelo Ministério da Fazenda, e como se verifica das Notas Fiscais nºs 49.849 e 49.850, consta a observação: “*Nota Fiscal emitida por processo automático de*

complementação tendo em vista a nova majoração de preços a partir de 23/11/2000, sobre a retirada a maior da quota-dia (da Distribuidora)".

Na infração 12, crédito por estorno de débito em transferências interestaduais de bens em desacordo com o art. 624 do RICMS, invoca o princípio da não cumulatividade, matéria de cunho constitucional.

Quanto à infração 13, diz que o ICMS-ST no valor de R\$100.195,64 foi incluído, erroneamente, no Demonstrativo de Débito, Anexo M, do Auto de Infração, pois já foi recolhido de acordo com as apurações e registros dos anexos emitidos pelas distribuidoras, conforme documentos anexos. (Anexo 6). Requer diligência ou perícia, de modo a comprovar com os documentos que a obrigação tributária apontada foi devidamente cumprida.

Requer, afinal, que seja julgado insubstancial o Auto de Infração, bem como seja realizada perícia para que se comprovem as alegações contidas nos itens que se referem aos insumos utilizados no processo produtivo do estabelecimento autuado, aos contratos de prestações de serviços de transporte de pessoas envolvidas no processo industrial e de administração do autuado, e erro de imputação descritos no Anexo M do Auto de Infração. Também que seja intimada para acompanhar as diligências ou perícias, bem como apresentar quesitos e assistente técnico. Sejam ainda compensados todos os valores recolhidos pela impugnante.

Os autuantes prestaram informação fiscal (fls. 343 a 353) em que sustentaram a autuação, esclarecendo:

1. Infração 1 – a empresa, por questões corporativas, credita-se de todos os produtos que de alguma forma contribuam para o processo industrial.
2. Este procedimento já vem sendo motivo de autuações cujos desfechos não têm sido favoráveis ao autuado.
3. Observam que em outro Auto de Infração (AI nº 269568.0004/00-4) foi realizada diligência por auditor fiscal estranho ao feito, com formação em Engenharia e com experiência no segmento, cumprida com base na análise do processo produtivo, inclusive com a coleta de informações junto aos profissionais técnicos do autuado.
4. Anexam às fls. 31 e 32 do PAF, o resumo das características e aplicações de tais materiais, inclusive os que foram objeto de diligência.
5. A autuação decorreu da análise dos produtos e suas aplicações no processo, inclusive observando o Parecer Normativo nº 01/81, que é referência neste particular.
6. O consumo dos produtos, cujos créditos foram glosados, depende de fatores alheios ao processo produtivo, como por exemplo:
 - I. perdas por evaporação ou por vazamentos da água de resfriamento, que exigem reposição desta água e, portanto, consumo de produtos para seu tratamento;
 - II. qualidade da água bruta captada (determina a dosagem dos produtos utilizados para o tratamento);
 - III. Umidade do ar, nos casos da sílica gel e alumina aditivada;
 - IV. Existência de vazamentos nos casos do gás freon 22 e fluido térmico (que operam em circuito fechado);
 - V. Deterioração natural pelo uso, no caso dos inibidores de corrosão usados na proteção de torres.
7. Infração 2 – Os documentos em cópias foram anexados ao PAF, sem autenticação, ou visto de funcionário, em desacordo com o que determina o artigo 8º, § 1º do RPAF/99. Sustentam

a procedência da autuação.

8. Infração 3 - O valor do imposto referente ao serviço de transporte dos empregados não gera direito ao crédito, considerando que a norma regulamentar só alcança as mercadorias que se integram ou são consumidas durante o processo produtivo, matéria que já possui entendimento firmado neste Conselho (Acórdão CS nº 0222/00).
9. Infração 5 – O direito ao crédito é condicionado ao imposto pago anteriormente cobrado. Os lançamentos a débito no RAICMS constituem cobrança do imposto. Mantêm a autuação.
10. Infração 6 e Infração 8 – São mantidas com base no que dispõe o art. 1º, § 2º, inciso IV do RICMS/97.
11. Infração 9 - A contestação do autuado se confunde na discussão se as aquisições de bens para o ativo fixo são mercadorias e que parte destas notas fiscais contidas no Anexo H. Esclarecem que, esta infração refere-se à cobrança do diferencial de alíquota das aquisições de materiais, cujos créditos foram glosados na infração 1: produtos químicos para análise e tratamento de água, preservação de equipamentos e outros, não se tratando de transferência de materiais entre estabelecimentos da mesma empresa e não constam do Demonstrativo Anexo H, e sim de demonstrativo Anexo I, conforme descrito no Auto de Infração.
12. Infração 10 – As Notas Fiscais citadas nºs 49.849 e 49.850, e as complementares citadas nºs 49.575 e 49.576, foram anexadas ao PAF, às folhas 271, 272, 273 e 274, apesar de não autenticadas de acordo com o RPAF, já haviam sido verificadas, anteriormente, pelos autuantes em sua ação fiscal. Ocorre que as Notas Fiscais citadas como originais nºs 49.575 e 49.576, não apresentaram divergência nos preços praticados, sequer estariam sujeitas à majoração de preços, ocorrida em 23/11/2000, visto que a data de saída dos produtos foi em 18/11/2000. Note-se que as Notas Fiscais nºs 49.849 e 49.850 possuem quantidades diferentes daquelas originais, diferindo das complementares, normalmente emitidas por majoração de preços ou avanço quota-dia. Durante a ação fiscal foram apresentados ao autuado, diversas notas com divergências de preços, sendo comprovadas através de notas complementares a regularidade das mesmas, restando apenas as Notas Fiscais nºs 49.849 e 49.850, cujas explicações e comprovações não são plausíveis.
13. Infração 12 – O contribuinte ao efetuar as transferências interestaduais de bens do ativo permanente de materiais de uso e consumo, creditou-se a título de estorno de débito do valor total do ICMS destacado nas notas fiscais de saídas, em desacordo com o que determina o artigo 624 do RICMS/97. O autuado durante a ação fiscal, justificou tal procedimento de estorno, alegando a impossibilidade de resgate das referidas notas, com os respectivos créditos originais, em virtude da complexidade e do volume das operações da empresa, bem como por incapacidade do seu sistema de materiais. O mérito da questão reside na falta de previsão de tal estorno de débito.
14. Infração 13 – O autuado anexa cópias de documentos às folhas 203 a 270 do PAF, em desacordo com o que determina o art. 8º do RPAF/99. Desses documentos, apenas foram verificados, durante a ação fiscal, as notas fiscais de vendas e alguns demonstrativos do sistema de escrituração fiscal “saldo dos demonstrativos”. Os anexos não foram apresentados à época, quando segundo o autuado, encontrava-se nas instalações da RLAM, com dificuldade de resgate dos mesmos. Os documentos anexados não são compatíveis com todas as notas fiscais do demonstrativo, faltando ou sobrando alguns anexos, como por exemplo, o anexo da página 211 que suporta as Notas Fiscais nºs 32.873 e 31.973, os anexos das páginas 214 a 218 suportam uma única nota fiscal.

As operações, objeto da autuação, decorrem de notas fiscais complementares, emitidas para

cobrança de valores das Distribuidoras, que segundo o autuado, já foram repassados a outros Estados em meses anteriores. As referidas notas fiscais, apesar de possuírem destaque do ICMS, não fazem parte da apuração do imposto do mês em que foram emitidas. O autuado alega que estes valores são para ressarcimento dos valores anteriormente repassados. Mantém a autuação.

Por fim, os autuantes pediram a manutenção do Auto de Infração.

A Douta relatora do processo em primeiro grau, em bem fundamentado voto, assim se expressou em relação à infração 1:

"... A empresa apresentou as características e aplicações dos produtos pertinentes a matéria em discussão, conforme discriminados nas fls. 30 e 31 do PAF. Verifica-se nesta listagem que a utilização de tais produtos não afeta diretamente o produto acabado, por não serem consumidas nem integrarem o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à sua produção, composição ou prestação. Ou seja, ainda que sejam utilizados no processo industrial não estão a ele diretamente vinculados, enquadrando-se como materiais de uso e consumo, sendo vedada a utilização dos créditos fiscais até 31/12/06, conforme acima mencionado. Conseqüentemente também é devida a diferença de alíquota, conforme cobrado no item 9 da autuação.

Ressalto que este tema já foi inúmeras vezes apreciado por este Conselho de Fazenda, (Acórdãos CJF nº 0074-12/02, 1095/01, e 159-12/03), inclusive através da sua Câmara Superior, que vem decidindo, reiteradamente, que os produtos utilizados no tratamento da água de refrigeração para evitar corrosão, incrustação e formação de colônias de microorganismos que ocasionariam desgaste nos equipamentos do autuado, visando a sua conservação, são considerados, como destinados ao uso e consumo do estabelecimento, cujo crédito fiscal somente será admitido a partir de 2007 (art. 33, I da LC nº 87/96, com a redação dada pela LC nº 114/02)."

No que pertine à infração 2, verificou a relatora que no documento, trazido pela defesa, que assiste razão à empresa quanto à parte não reconhecida pois, apesar dos dois documentos possuírem idêntico número, a Nota Fiscal nº 92353 refere-se à conta de energia elétrica do mês de agosto de 2000. Já a outra Nota Fiscal refere-se à conta de energia elétrica do mês de setembro de 2000, documentos às fls. 126 e 127, e a cópia do Registro de Entradas às fls. 123 e 124 do PAF.

Quanto à infração 3, em que o autuado foi acusado de utilizar indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente a serviço de transporte de pessoal, disse a relatora que não é cabível o entendimento de que serviços de transportes, utilizados por pessoal ligado diretamente à produção, por fazer parte do custo industrial venham a dar direito ao autuado a se utilizar crédito fiscal porque:

"... os serviços de transporte de pessoal constituem-se em encargos, e não há previsão legal da utilização de crédito fiscal para tal finalidade, independente da utilização dos transportes serem ou não relativos a funcionários lotados diretamente na unidade fabril. "Ademais, este CONSEF já possui entendimento firmado quanto à matéria, em decisões proferidas pela Câmara Superior..."

Quanto à transcrição do voto em separado do Julgador José Bizerra Lima Irmão, da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, em outro julgamento do processo, esclarece que se trata de posicionamento individual, que não espelha o entendimento unânime daquela referida Junta.

Na infração 5, relativa à falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do estabelecimento, em que o autuado não reconheceu a procedência do lançamento relativo ao exercício de 2000 a relatora observou que o § 11, inciso II, 1.2 do art. 97 do regulamento do ICMS foi revogado a partir de 01/01/01. Portanto, no exercício de 2000 encontrava-

se vigente a previsão do item 1.2, não procedendo o argumento do autuado, de que não cabe o pagamento do imposto e que o direito ao crédito ocorre após o pagamento da diferença de alíquota exigida, por isso manteve a autuação no valor de R\$207.417,83.

Quanto às Infrações 6 e 8 – A empresa reconheceu parte da infração 6 e quanto à parte não reconhecida, dizendo tratar-se de simples deslocamento físico entre unidades da mesma empresa, não cabendo o pagamento da diferença de alíquotas pela transferência de bens que estão sob liminar em outras unidades da federação, e que não houve destaque do imposto na nota fiscal, entendeu a relatora, no que concerne à falta de destaque do ICMS no documento de origem, este fato não se constitui em óbice para a cobrança da diferença de alíquotas, pois o RICMS/97 no art. 69, parágrafo único, I, “a”, elucida a hipótese, pois não há prova da referida Medida Liminar, nem quanto à sua concessão ou extensão do *mandamus*, não podendo, portanto, essa argüição ser apreciada. Assim, sendo este o único argumento da empresa sobre parte da infração não reconhecida, entendeu que a exigência fiscal deve ser mantida.

Quanto à infração 10 entendeu a relatora que os autuantes estão cobertos de razão, pois verifica-se que em realidade não houve complementação de preços relativos às notas fiscais originais, haja vista que os preços praticados no montante de R\$1,10 estão corretos. Explica-se: até 31/12/2001, o preço da gasolina, para a refinaria, era fixado pelo Governo. Este preço, na data das saídas da gasolina A, em 18/11/00 era de R\$0,8963 por litro, que dividido por 0,75, mais a adição da MVA de 63,17% para as operações internas e de 117,56 para as operações interestaduais, resultava no preço a ser praticado. No presente caso, as vendas foram realizadas para o estado da Bahia, e o preço de R\$1,203500 foi corretamente aplicado nas Notas Fiscais nº 049.576 e na de nº 049.575, não se justificando a explicação de que as Notas Fiscais nº 049.849 e nº 049.850 teriam sido emitidas apenas para complemento de preço. Infração não elidida.

Quanto à Infração 12 por utilizar crédito fiscal de ICMS referente à transferência interestadual de bem de uso e consumo a título de estorno de débito, em desacordo com o que determina o art. 624 do RICMS/97, invocando o princípio da não cumulatividade, matéria de cunho constitucional não pode ser interpretada sob o manto da legislação ordinária, por ser norma de eficácia plena.

Infração 13 – deixou de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações de vendas de combustíveis e lubrificantes, realizadas para contribuintes localizados neste Estado, cujo imposto já teria sido recolhido, de acordo com os registros dos anexos emitidos pelas Distribuidoras (folhas 203 a 270 do PAF) foi negado o pedido de diligência, pois a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto relativo à gasolina e óleo diesel é da Refinaria (exceção apenas para o álcool hidratado e lubrificantes), nos termos do art. 512-A do RICMS/97. Contudo, porque se percebe através dos documentos anexos ao PAF, pela defesa, fls. 203 a 274, que o imposto não foi retido pela refinaria, entendeu a d. relatora que a multa aplicada deve ser corrigida para 60%, conforme previsão do art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96.

Finalizando, a douta relatora manifestou seu voto pela Procedência em Parte do Auto de Infração, prevendo a homologação dos valores efetivamente recolhidos.

O julgador José Bizerra Lima Irmão manifestou voto discordante relativo aos produtos intermediários e ao serviço de transporte de pessoal e propôs a remessa do processo em diligência para que fossem refeitos os cálculos, de modo a assegurar o crédito fiscal dos serviços de transporte do pessoal do setor fabril e dos insumos industriais, em especial dos produtos intermediários empregados no tratamento de água, e excluir o lançamento da diferença de alíquotas relativamente aos aludidos produtos intermediários. Não sendo aceita a proposta, manifestou seu voto pela Procedência Parcial do Auto de Infração, com a exclusão das parcelas relativas aos referidos insumos industriais.

Em sua peça recursal o autuado, representado pelo mesmo advogado que o representara na impugnação ao lançamento, procurando resumir os fatos do processo diz que a Decisão recorrida

teria reconhecido a improcedência da infração indicada no item 2 da autuação.

Em relação aos itens 1 e 9, relativos à utilização de créditos fiscais relativos a material de uso e consumo e falta de recolhimento do imposto correspondente à diferença entre as alíquotas interestaduais e a alíquota interna, o recorrente disse que a decisão recorrida não teria apreciado a correta destinação dos produtos e insiste no reconhecimento do princípio da não cumulatividade, inscrito na Constituição Federal e louva-se no pensamento do jurisprudencialista Dr. José Bizerra Lima Irmão, amplamente conhecido, embora seguidamente não acolhido, por este Conselho de Fazenda.

Também louvando-se no pensamento do Dr. José Bizerra Lima Irmão, o recorrente reclama da Decisão quanto ao julgamento do item 3, relativo ao creditamento de ICMS incidente nos serviços de transporte de pessoal.

Em relação ao julgamento do item 5, o recorrente reclama de que a Decisão estaria equivocada, posto que a falta de lançamento a débito não implicaria em perda do Tesouro, pois implicaria em direito ao mesmo valor em crédito fiscal.

Quanto às infrações dos itens 6 e 8 o recorrente alega que o argumento de suporte do voto vencedor não pode ser mantido porque a matéria demandaria prova, como requerido na impugnação e pede a realização de diligências.

Quanto à infração do item 10, insiste o recorrente nas mesmas alegações defensivas anteriormente apresentadas, de que as notas fiscais referem-se à diferença de preço.

Submetido o processo à PGE/PROFIS, com base em Parecer do procurador José Augusto Martins Júnior, manifestou-se pelo improvimento do Recurso Voluntário, entendendo o parecerista em relação aos itens 1, 3 e 9 relativamente a creditamento de imposto em aquisições de matérias de uso e consumo e serviços de transporte de pessoal, que o regime de compensação desses créditos depende de normatização ainda inexistente, embora prevista na LC nº 99/99 além de que "*não se emolduram nas características imprescindíveis para o creditamento (immediatismo e integração)*"

Em relação ao item 2 acolheu a pretensão do autuado.

Em relação à infração correspondente ao item 5 da autuação, acolheu por entender que está acobertada por previsão legal à época da fiscalização e da autuação.

Quanto aos itens 6 e 8 considera impertinente a alegação do recorrente, face ao princípio federativo e ao princípio da territorialidade da jurisdição.

Quanto às infrações 10 e 13 adere sem reservas à Decisão recorrida.

Quanto ao item 12, diz o Douto procurador que renova as razões que adotara em relação aos itens 1, 3 e 9, "... *confirmando que o legislador complementar, com autorização constitucional, escolheu o regime do crédito físico a dinamizar o regime da não-cumulatividade, não cabendo falar em princípio da não-cumulatividade absoluto, como quer induzir o autuado.*".

VOTO

Acolho a Decisão recorrida em relação ao item 2 da autuação, reduzindo o débito reclamado para o valor reconhecido pelo ora recorrente, excluindo apenas a parcela de R\$7.485,37, tendo em vista que a coincidência dos números dos documentos fiscais não é suficiente para caracterizar a suposta infração. No julgamento desse item a Junta acolhera parcialmente as alegações defensivas, reduzindo o débito reclamado para o valor reconhecido pelo ora recorrente, excluindo apenas a parcela de R\$7.485,37, como se pode verificar no demonstrativo de débito após julgamento, fl. 379.

Não acolho a Decisão recorrida em relação ao item 12, posto que o autuado, ora recorrente não

demonstrou os créditos originalmente cobrados correspondentes aos bens de uso ou consumo que efetivamente tiver transferido, nem se utilizou do procedimento regulamentar, alegando o princípio da não-cumulatividade. A questão, portanto, envolve prova não realizada pela empresa, que é detentora dos documentos. É inaceitável que uma empresa do porte da Petrobrás não tenha controles internos suficientes para atender ao Fisco em solicitação tão elementar quanto apresentar documentos de sua própria emissão para comprovação dos créditos utilizados.

Por isso dou PROVIMENTO ao Recurso de Ofício, apenas em relação ao item 12, para restabelecer a autuação.

Em relação aos itens 1 e 9, relativos à utilização de créditos fiscais relativos a material de uso e consumo e falta de recolhimento do imposto correspondente à diferença entre as alíquotas interestaduais e a alíquota interna, o recorrente alega que não se teria apreciado a destinação dos produtos indicada pela impugnante, que insiste no reconhecimento do princípio da não cumulatividade, inscrito na Constituição Federal.

Não posso louvar-me no pensamento, amplamente conhecido, do julgador local, Auditor Fiscal José Bizerra Lima Irmão, porque seu entendimento tem sido seguidamente não acolhido por este Conselho, porque não se coaduna com a linha de decisões que esse CONSEF vem mantendo, tendo em vista a evolução do ICM/ICMS ao longo da sua existência. Embora seja desejo de todos, Fiscos e contribuintes, evoluirmos para um IVA no estilo europeu, o processo há de ser por via de reforma da matriz tributária. Por isso, mantenho a Decisão recorrida relativa aos itens 1 e 9 da autuação.

Quanto ao julgamento do item 3, relativo ao creditamento de ICMS incidente nos serviços de transporte de pessoal, a Decisão recorrida não merece reparos, pois se trata de matéria sobre a qual este colegiado já tem decidido contrariamente à pretensão dos contribuintes. Mantenho a Decisão recorrida, porque exarada de acordo com a legislação tributária estadual e a posição dominante deste Colegiado.

Em relação ao julgamento do item 5, em que o recorrente reclama de que a Decisão estaria equivocada, posto que a falta de lançamento a débito não implicaria em perda do Tesouro, pois implicaria em direito ao mesmo valor em crédito fiscal, mantenho a Decisão recorrida porque o recolhimento do ICMS deve ser na forma prevista em lei e não na forma e no tempo escolhido pelo contribuinte. Não se pode dizer que a falta de recolhimento não traria prejuízos ao Tesouro, sob alegação de que geraria crédito correspondente. Se assim fosse, não seria necessária a previsão de recolhimento! O recolhimento do imposto é que dá ao contribuinte o direito ao crédito. Antes disso, nenhum direito existe.

Quanto às infrações dos itens 6 e 8 em que o recorrente alega que o argumento de suporte do voto vencedor não pode ser mantido porque a matéria demandaria prova, como requerido na impugnação e pede a realização de diligências, observo que o autuado alegara não-incidência, existência de liminares em outras unidades federadas e carência de prova. Ora, a prova neste caso, é responsabilidade do autuado. É ela que teria de trazer aos autos a comprovação de liminares capazes de afetar a competência impositiva do Estado da Bahia.

Quanto à infração do item 10, em relação à qual insiste o recorrente nas mesmas alegações defensivas anteriormente apresentadas, de que as notas fiscais referem-se à diferença de preço e de que se referem a notas fiscais complementares, observo que a acusação fiscal aponta divergência de quantidade entre as Notas Fiscais referenciadas. A informação fiscal de fl. 350 reitera o que antes já fora apontado no Auto de Infração: que as quantidades são divergentes das notas originais, portanto a elas não correspondem, como já anteriormente apontado pela relatora perante junta julgadora. É matéria que exige prova contrária inequívoca a cargo do sujeito passivo, o que não aconteceu no caso em julgamento. Mantenho a Decisão recorrida.

Quanto ao item 13 da autuação não acolho a tese recursal de que a matéria depende de prova a ser

produzida pelo Fisco, em diligência. A prova, porventura existente, deveria ter sido trazida aos autos de forma inequívoca e apresentada junto com a impugnação e o Recurso Voluntário.

Ante o exposto NÃO DOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em relação à infração 2, e, em decisão por maioria, com o voto de qualidade do presidente, quanto à infração 12, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso de Ofício interposto e, por unanimidade, em relação às infrações 6, 8, 10 e 13, em decisão não unânime, quanto às infrações 1, 3 e 9, e, por maioria, com o voto de qualidade do presidente, em relação à infração 5, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 299904.0001/03-0, lavrado contra **PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRÁS**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.553.198,61**, sendo R\$1.135.693,66, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "e", "f" e VII, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, mais R\$1.417.504,95, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "e", "f" e VII, "a", da citada lei, e demais acréscimos legais, com homologação dos valores efetivamente pagos.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros César Augusto da Silva Fonseca, Álvaro Barreto Vieira e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO: Conselheiros José Carlos Barros Rodeiro, Maria do Carmo Santana Marcelino Menezes e Fauze Midlej.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de março de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

CÉSAR AUGUSTO DA SILVA FONSECA - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS