

PROCESSO - A. I. Nº 269139.0011/03-0
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 4º JJF nº 0001-04/04
ORIGEM - COFEP-DAT/NORTE
INTERNET - 13/10/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0347-11/05

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** FALTA DE ESTORNO PROPORCIONAL. ENTRADAS DE MERCADORIAS, CUJAS SAÍDAS SUBSEQUENTES OCORRERAM COM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Modificada a Decisão recorrida. Inconsistente o lançamento quanto à infração 9. **b)** UTILIZAÇÃO ANTECIPADA DE CRÉDITO FISCAL. **c)** UTILIZAÇÃO A MAIS DO QUE O PERMITIDO PELA LEGISLAÇÃO. **d)** DOCUMENTOS FISCAIS LANÇADOS EM DUPLICIDADE. **e)** SERVIÇO DE TRANSPORTE NÃO VINCULADO A PROCESSO DE INDUSTRIALIZAÇÃO. **f)** CRÉDITO PRESUMIDO NAS TRANSFERÊNCIAS DE MATERIAL DE CONSUMO. **g)** ESTORNOS DE DÉBITOS. TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS DE BENS DO ATIVO PERMANENTE E MATERIAIS DE USO E CONSUMO. **h)** FALTA DE ESTORNO DE CRÉDITO. TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADAS AO ATIVO IMOBILIZADO. Procedimentos em desacordo com a legislação do ICMS com relação aos itens “a” (infração 1), “d”, “e”, “f”, “g” e “h”. Infrações caracterizadas. Quanto aos itens “b” e “c”, restou comprovado nos autos a regularidade dos créditos fiscais apropriados. Infrações não comprovadas. Rejeitado o pedido de perícia. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado para contestar o Auto de Infração, lavrado em 30/09/2003, para exigir ICMS e multa no valor total de R\$9.987.163,32, em razão das seguintes irregularidades:

1. Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$1.314.224,86, relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução da base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução;
2. Utilizou antecipadamente crédito fiscal de ICMS no valor de R\$27.232,34, fatos ocorridos nos meses de maio e junho/99, relativos aos Títulos de Incentivo do Programa Estadual de Incentivo à Cultura – FAZCULTURA de nºs 1596 e 1745, cujos créditos deveriam ter sido utilizados a partir dos meses de junho e julho/99, respectivamente;
3. Utilizou crédito de ICMS a maior no valor de R\$11.402,83, fato ocorrido no mês de setembro/99, relativo ao Título de Incentivo nº 1947, do Programa Estadual de Incentivo à Cultura – FAZCULTURA, no valor de R\$38.597,17, quando lançou no livro RAICMS a importância de R\$50.000,00;
4. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no valor de R\$135.804,71, referente a lançamento de documentos fiscais em duplicidade;

5. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no valor de R\$798.849,48, 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;
6. Apropriou-se de crédito presumido indevido no valor de R\$651.669,47, o qual foi lançado no livro RAICMS, sobre transferências de material de consumo de CFOP 6.92, com base no art. 96, IV, do RICMS/BA., cujos débitos de ICMS consignados nas notas fiscais foram totalmente estornados pela empresa no livro antes citado;
7. Utilizou indevidamente crédito fiscal do ICMS por estorno de débito no valor de R\$5.975.575,45, o qual foi lançado no RAICMS como transferências interestaduais de bens do ativo permanente e materiais de uso e consumo, em desacordo com o que determina o art. 624, do RICMS/97;
8. Deixou de efetuar o estorno de crédito de ICMS no valor de R\$963.868,04, relativamente às transferências interestaduais de bens destinados ao ativo imobilizado;
9. Deixou de efetuar o estorno de crédito de ICMS no valor de R\$108.536,14, relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução da base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução.

O autuado de pronto reconheceu a procedência das infrações 1, 4 e 8, recolhendo o total de R\$4.437.908,95, correspondentes ao imposto e demais encargos incidentes, anexando aos autos o DAE correspondente. Adiante a 4ª JF considerou insubsistentes as infrações 2 e 3, remanescendo as infrações 5, 6, 7 e 9. E passa a considerar as infrações remanescentes:

Infração 5, diz que o aproveitamento do crédito tributário do ICMS é constitucional, decorrendo do princípio da não cumulatividade, art. 155, § 3º, I, da Constituição Federal e o seu não reconhecimento contraria comando constitucional, já que o serviço de transporte de pessoal são inerentes a atividade produtiva desenvolvida pela companhia. Tendo transcrito parte do voto em separado de um relator da 1ª JF, fl. 378, em que, em tese é admitida a legitimidade da apropriação do crédito sobre o serviço de transporte.

Infração 6, também aqui o autuado faz uso de argumentos sobre o princípio constitucional da não cumulatividade. Salienta ser justo e respaldado no princípio aludido a apropriação de crédito do ICMS, pelo valor do diferencial de alíquota do Estado destinatário, reafirma que a operação é legítima, pois, do ponto de vista constitucional encontra-se perfeitamente amparada.

Infração 7, mais uma vez diz que a fiscalização desconsidera o princípio da não cumulatividade e, a legislação infraconstitucional não pode se sobrepor à Lei Maior. Sustenta que os bens destinados ao consumo ou ao ativo imobilizado da empresa não são mercadorias, cujo conceito não pode ser alterado pelo fisco, com o intuito de lhe impor a tributação.

Infração 9, de novo aduz tratar-se de infringência ao princípio constitucional da não cumulatividade, diz ter direito ao crédito total do imposto correspondente à operação anterior, independentemente de uma redução da base de cálculo da operação posterior, já que se trata de uma quantia efetivamente recolhida aos cofres estaduais. Aduz que se na operação subseqüente tiver uma base de cálculo reduzida, deverá o valor correspondente à diferença entre o crédito operacional anterior e o imposto pago a menor na operação posterior, permanecer na contabilidade da empresa para se for o caso, ser compensado no período seguinte.

Em prosseguimento o autuado informa, que a respeito do estorno proporcional de crédito era resultante de disposição expressa no art. 32, do Convênio nº 66/88, contudo tal dispositivo foi revogado com a edição da Lei Complementar nº 87/96, e que as únicas restrições que permanecem são as previstas no art. 155, § 2º, I, “a” e “b”, da Constituição Federal.

Ao concluir, o autuado requereu:

“a) o julgamento insubsistente do Auto de Infração no que diz respeito às infrações impugnadas;

b) a compensação de todos os valores recolhidos pela empresa e, em especial, das quantias relativas às infrações apontadas no Auto de Infração, reconhecidas e liquidadas;

c) a realização de perícia para fins de comprovação das alegações defensivas referentes às infrações 5, 6, 7 e 9, além de protestar por todos os meios de provas permitidos em direito”.

A seguir os autuantes se manifestaram em defesa do Auto de Infração em comento:

Infração 2 - Aduzem que o autuado incorre em erro, quando afirma que a utilização dos créditos fiscais poderá preceder a emissão dos Títulos de Incentivo, tendo em vista que o dispõe as alíneas “b” e “c”, do inciso VI, dos art. 5º, 9º e 18, do Regulamento do FAZCULTURA, aprovado pelo Decreto nº 6152/97, cujo teor transcreveram.

Asseveram, com base nos dispositivos acima citados e após uma observação mais acurada, que os títulos estabelecem o mês de recolhimento e não o da competência, razão pela qual não houve antecipação dos créditos nos meses de maio e junho/99.

Infração 3 - Esclarecem ser procedentes os argumentos do autuado, pois os Títulos nºs 1853 e 1947, nos valores totais de R\$54.172,19, foram lançados no RAICMS no mês de agosto/99. Já o Título nº 2194 no valor de R\$50.000,00, foi lançado no mês de setembro/99. Ressaltam que o Título nº 1947 foi abatido do recolhimento de setembro, enquanto que o de nº 2194 no recolhimento de outubro.

Infração 5 - Argumentam que o art. 97, II, “c”, do RICMS/97, veda a utilização do crédito fiscal do ICMS sobre o serviço de transporte de pessoal, oportunidade em que transcreveram o seu teor, além de seu inciso II e sua alínea “c”. Frisam que, apenas os serviços de transportes de matérias-primas, dos produtos intermediários, dos catalisadores e dos materiais de embalagem, empregado diretamente do processo produtivo, não se dissocia dos mesmos, motivo pelo qual o crédito do valor do imposto anteriormente cobrado relativo a tais serviços é assegurado pelo RICMS/BA.

Explicam que, apesar de serem de suma importância os empregados do setor produtivo, o valor do imposto sobre o serviço de transporte de pessoal não gera direito ao crédito, uma vez que a norma regulamentar só alcança as mercadorias que se integram ou são consumidas durante o processo produtivo.

Infração 6 - Dizem que o autuado nas transferências interestaduais de materiais de consumo, destaca o ICMS nas notas fiscais emitidas, cujo débito é lançado na escrita fiscal, para, em seguida, ser estornado no livro RAICMS, portanto, o total do imposto debitado em tais operações é totalmente anulado pelo seu estorno a crédito. Aduzem que, além desse estorno de débito, o autuado faz um outro lançamento, a título de crédito presumido, com base na alínea “a”, do inciso II, do art. 624, cujo crédito é feito de maneira incorreta, tendo em vista que o dispositivo legal só permite tal apropriação, se quando do cotejo entre o débito e o crédito resultar saldo devedor. Esclarecem que somente nos casos em que o débito do imposto consignado na nota fiscal de transferência for superior ao que foi destacado na nota fiscal de entrada, é que existiria o crédito presumido sobre a diferença, cujo procedimento não foi observado pelo autuado, não procedendo, portanto, os argumentos defensivos.

Infração 7 - Sustentam que o autuado, nas transferências interestaduais classificadas no CFOP 6.92 - transferência de ativo imobilizado e/ou material de consumo, destaca o imposto nas notas fiscais emitidas e lança na escrita fiscal o débito correspondente a tais notas, no entanto, estorna totalmente o débito ao efetuar o lançamento no livro RAICMS, portanto, em desacordo com o que preceitua o art. 624, do RICMS/BA, cujo teor transcreveram, além dos seus incisos I, II e III e respectivos itens e alíneas, em apoio ao seu argumento.

De acordo com os autuantes, não consta na defesa nenhum fato novo relacionado com esta infração, se limitando o autuado a questionar tão somente a não cumulatividade, pelo que mantêm a autuação.

Infração 9 - Esclarecem que em relação a esta infração, mais uma vez o autuado refere-se ao princípio da não cumulatividade do ICMS e dizem que a mesma apenas trata de um estorno de crédito efetuado a menor, relativo às saídas de gás com redução da base de cálculo.

Segundo os autuantes, não se trata de discutir se deve ou não fazer o estorno de crédito, mas sim de um complemento de valores lançados a menos pelo autuado, já que tais estornos de créditos já

vinham sendo efetuados como previsto no art. 100, II, do RICMS/BA, cujos cálculos estão demonstrados no DOC. 12, oportunidade em que transcreveram o teor do referido dispositivo. Aduzem que em nenhum momento o autuado contestou os cálculos efetuados, tampouco apresentou fatos ou documentos que pudessem modificar os valores cobrados, se limitando a argumentar acerca da não cumulatividade.

Ao finalizar, dizem manter a ação fiscal no tocante as infrações 5, 6, 7 e 9 e o acolhimento dos argumentos defensivos com referência às infrações 2 e 3.

A 4ª JJF inicia seu voto afastando de pronto o pedido de perícia, por entender que as provas presentes nos autos são suficientes para orientar a Decisão cabível.

No tocante ao mérito, comenta de início, que tendo o autuado reconhecido às infrações 1, 4 e 8, e por outro lado, tendo os autuantes acatado os argumentos defensivos relativos às infrações 2 e 3, a sua análise se restringirá as infrações 5, 6, 7 e 9.

Com relação às infrações 5, 6, 7 e 9, a alegação do autuado, prende-se ao princípio da não cumulatividade insculpido no art. 155, § 2º, I, da Lei Maior, cujos créditos apropriados são vedados pelo RICMS/97. Comenta contradição incorrida pelo autuado, em sua peça de impugnação quando o mesmo reconheceu o imposto exigido, e procedeu ao recolhimento do imposto devido e apontado nas infrações 1, 4 e 8.

Adiante diz o ilustre relator, não ser da competência do CONSEF a declaração de inconstitucionalidade, conforme determina o art. 167, I, do RPAF/99, portanto omite-se de se pronunciar sobre o assunto. Sobre os valores cobrados, observa a JJF, os mesmos não foram contestados pelo autuado, ficando demonstrada a consistência dos levantamentos realizados pelos autuantes nas infrações.

Sobre a infração 5, cita a JJF o art. 97, II, do RICMS/97, que veda a utilização do crédito na prestação dos serviços de transporte de pessoal, entendendo correto o procedimento dos autuantes ao glosarem tais créditos. Cita Decisão deste CONSEF, (Acórdão CJF nº 0102-11/03), que não proveu Recurso Voluntário de teor idêntico ao ora analisado, contrariando Decisão da 1ª JJF que houvera julgado procedente o Auto de Infração.

Infração 6, diz respeito a crédito presumido indevido, lançado no RAICMS, relativo a transferência de materiais de consumo com o CFOP 6.92, já que o imposto destacado nas notas fiscais foi totalmente estornado pelo contribuinte. Diz que como prova da infração os autuantes elaboraram demonstrativos, fls. 140 a 143 onde estão demonstrados os valores mensais do crédito presumido utilizado pelo autuado.

Transcreve os arts. 96, IV e 624, II, “a” e seu parágrafo Único, ambos do RICMS/97, para confirmar que de sua leitura, não há como acolher as razões apostas pelo autuado, já que não se comprovou, se enquadrar a hipótese prevista no dispositivo legal acima citado. De sorte que, não tendo o autuado juntado qualquer levantamento ou documento para justificar a regularidade dos créditos apropriados, entende que deve ser mantida a infração.

Infração 7, que trata mais uma vez da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, agora, através de estorno de débito lançado no RAICMS, relativo a transferência interestaduais de bens do ativo permanente de materiais de uso e consumo, em desacordo com o que estatui o art. 624, do RICMS/96. Tendo os autuantes consignado que o contribuinte ao efetuar as referidas transferências, creditou-se, a título de estorno de débito, do valor do ICMS destacado nas notas fiscais emitidas.

Tal qual o fez na infração anterior, o autuado argüiu a inconstitucionalidade da não cumulatividade do imposto. Esclarece a JJF, que não foi glosado nenhum crédito fiscal em operação de aquisição de mercadorias, e sim pelo fato do autuado haver estornado o débito do imposto destacado nas notas fiscais de transferências emitidas, considerando, portanto, procedente a exigência contida nesta infração.

Infração 9, aqui também o sujeito passivo alegou legítima a apropriação dos créditos, com base no princípio constitucional da não cumulatividade. Esquecendo-se do conteúdo do art. 100, II, do

RICMS/97 que orienta o contribuinte para estornar ou anular o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, inclusive o crédito relativo aos serviços a elas correspondentes, ressalvadas as disposições expressas de manutenção do crédito, quando as mercadorias ou os serviços, conforme o caso, forem objeto de operação ou prestação subsequente com redução da base de cálculo, hipótese em que o valor do estorno será proporcional à redução.

E, tendo em vista a constatação dos autuantes, de que o autuado não procedeu da forma explicitada acima, determina a manutenção da exigência fiscal, votando pela Procedencia Parcial do Auto de Infração, no valor de R\$9.948.528,15.

Insatisfeita com a Decisão recorrida vem o autuado ora recorrente, interpor Recurso Voluntário para esclarecer seu entendimento sobre as infrações 5 e 6, 7 e 9, já que as de referencia (1, 4, 8), foram afastadas da lide pelo reconhecimento do contribuinte, que efetuou o pagamento antes do lançamentos respectivos, e as de referência 2 e 3, que os autuantes acataram os argumentos defensivos.

Quanto a perícia requerida, diz o recorrente estar a mesma respaldada na alínea “b”, II, art. 147 do RPAF, não havendo cabimento a discussão que se trava nos autos.

Reproduz afirmação da autuação, de que as provas estão na documentação fiscal do recorrente, que foram todas analisadas, por amostragem, pelos auditores autuantes, Porém existem outros diversos documentos a serem periciados, que irão esclarecer as razões que motivaram o recorrente a adotar os procedimentos reclamados pelos auditores. Por outra parte, aduz que o relator da 1ª JJF não submeteu seu voto ao colegiado, eis que o referidos Acórdão não versa sobre a perícia, o fazendo tão somente quanto ao mérito.

Entende o recorrente que seu pedido de perícia não está rejeitado, pois o mesmo não foi decido pelo colegiado, e dessa forma reitera seu requerimento de perícia e requer ser intimada para cumprimento das formalidades no que concerne à formulação dos quesitos e indicação de assistente técnico, sua qualificação e endereço.

Ao analisar o mérito, o recorrente afirma inexistir contradição entre sua Decisão quanto à infração 1 e a de referência 9, diz que em relação a infração por ela reconhecida como procedente, o RICMS/96 em seu art. 100, § 9º prevê que em qualquer período da apuração do imposto, os bens do ativo fixo que forem utilizados na prestação de serviços ou na comercialização, produção, industrialização, geração ou extração de mercadorias, cujas prestações ou operações estejam isentas ou não tributadas, deverá ser feito o estorno do crédito anteriormente escriturado.

Mensalmente o montante do estorno previsto acima, será o resultante da multiplicação do respectivo crédito pelo fator igual a 1/60 avos, da relação entre a soma das operações de saída e as prestações no mesmo período.

Para a realização do estorno referente às operações de saídas isentas ou não tributadas, continua o recorrente, utiliza-se como base de cálculo todos os CFOP's referentes a ativo fixo como por exemplo 1.91, 2.91, 2.92, e no período apurado deixa-se de considerar o CFOP 3.91 resultando num estorno de crédito inferior ao devido.

Com relação à infração 9, diz o recorrente, que da mesma forma que o regulamento do ICMS prevê o estorno do crédito referente ao ativo imobilizado utilizados para operações isentas ou não tributadas, há uma previsão de estorno de crédito para operações ou prestações subsequentes com redução da base de cálculo.

Entende o recorrente, que há procedimentos diversos para o estorno de crédito referente a ativo fixo e, aqueles outros referente a mercadorias, material de embalagem, insumos e serviços. De sorte que para o estorno relativo a bem patrimonial, utiliza-se os dispositivos do § 9º art.100 do RICMS, já quando se trata de estorno de crédito atinente a saídas de gás natural com redução de base de cálculo, conjuga-se o § 1º do mesmo dispositivo legal.

Em seguida, o recorrente cita jurisprudência e doutrinas para respaldar seu procedimento, indo até a apresentação de decisões no âmbito administrativo, transcrevendo Decisão prolatada por

este CONSEF, que se manifestou favorável ao contribuinte autuado por ter deixado de estornar crédito fiscal na hipótese em que especifica, por falta de previsão legal. Processo Auto de Infração nº 128862.0008/98-0.

Infração 5, diz não haver campo para prosperar, pois segundo a autuação o recorrente infringiu os arts. 97, II, “a” e “c” e 124 do RICMS. Assevera que a Constituição Federal em seu multicitado art. 155, § 2º, I, em que se submetem o contribuinte e o Estado, mediante a compensação, para o qual a Lei Maior não estabelece qualquer restrição. Afirma que a Decisão da JJF se constitui em restrição ao direito do aproveitamento do crédito do ICMS. Diz que o serviço de transporte de pessoal, conforme consta dos contratos anexos, são inerentes ao processo produtivo.

Adiante cita voto em separado, de membro da 1ª JJF, no julgamento do processo nº 2057402/2002-0, onde o julgador consagra em seu voto, o direito ao uso do crédito oriundo das faturas emitidas por empresas transportadoras de pessoal, que se destina ao trabalho na atividade produtiva.

Infração 6, o recorrente afirma merecer reforma a Decisão recorrida, pois segundo o Auto de Infração lavrado, o autuado lançou os créditos do ICMS no Registro de Apuração a título de crédito presumido nas transferências de material de consumo, cujos débitos nas notas fiscais foram estornados contrariando o que dispõe a alínea “a”, IV, do art. 96 do RIMS/BA.

Aduz que segundo o princípio da não cumulatividade, todo imposto incidente nas operações anteriores são compensados nas operações seguintes, de modo a equilibrar a equação de crédito e débito, com o propósito de evitar o efeito cascata, com repercussão nos preços finais dos produtos.

Infração 7, nos termos do Acórdão recorrido, está posto que o motivo da imputação não foi a glosa de nenhum crédito fiscal, e sim pelo fato de ter havido estorno do débito do imposto destacado nas notas fiscais de transferências, emitidas. Assevera tratar-se de equívoco, pois segundo a autuação, o recorrente teria infringido o art. 624 do RICMS, na utilização dos créditos decorrentes das transferências interestaduais de bens do ativo imobilizado e de materiais de uso e consumo, tendo em vista, que se creditou a título de estorno de débito, do valor total do ICMS destacado nas notas fiscais de saídas. E, após transcrever o art. 624 do RICMS diz que mais uma vez está se desprezando o princípio da não cumulatividade, e conclui afirmando “... *a par da previsão do RICMS e desta autuação, o STF tem repelido o estorno de créditos ou a sua anulação, desde que não previstos das duas hipóteses do texto constitucional*”. E transcreve um julgado daquela Corte.

Finaliza requerendo o Provimento do seu Recurso Voluntário.

Em seu opinativo a Douta representante da PGE/PROFIS diz que estava correta a Decisão da JJF ao negar pedido de diligência formulado pela defesa, pois o julgador entendeu suficientes as peças acostadas aos autos, para o seu convencimento.

Na avaliação do mérito, relativo a infração 9, entendeu a ilustre procuradora que a autuação tem base na legislação do ICMS, a qual deve ser aplicada pela fiscalização, entendendo correta a autuação, portanto, que se mantenha a Decisão de 1ª Instância. A infração nº 5 que cuidou do uso do crédito referente a serviço de transporte de pessoal, a representante da PGE/PROFIS também apóia a Decisão da fiscalização que negou a utilização dos créditos decorrentes da atividade de transporte, alegando que é questão de irrisignação contra aspectos legais do ICMS, que a fiscalização seguiu. Com relação às infrações 6 e 7 mantém a Decisão da junta. Concluindo, opina pelo Não Provimento ao Recurso Voluntário, mantendo a Decisão recorrida.

Em Decisão do colegiado, a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal aprovou como medida saneadora do processo, seu envio a ASTEC para em diligencia: “(...) *descreva o procedimento adotado pelo Autuado na aquisição e posterior transferência de bens do ativo permanente e materiais de uso e consumo, abordando a sistemática de débitos, estornos e utilização dos créditos. Esclarecendo, ainda, como é realizada a utilização dos créditos fiscais*”.

Em Parecer nº 0120/04 a ASTEC, após criteriosa análise conclui: “a) *as compras e recebimento de bens de ativo e material de consumo, procedentes de outros estados onde a empresa não está*

protegida por liminar, o procedimento adotado pela empresa está correto, pois, previsto no RICAMS. Já no caso onde a medida liminar não existe o procedimento adotado pela empresa está em desacordo com o previsto no RICAMS. Relativo às transferências para outros estados, a empresa adota os seguintes procedimentos: 1) nas transferências para os estados que não obtiveram a Decisão liminar, a empresa debita 12% sobre as transferências e estorna o mesmo a título de outros créditos, lançando 5% para equilibrar o montante pago de 17%; nas transferências para os estados protegidos com a Decisão liminar, a empresa debita 12% sobre as transferências e estorna o mesmo valor a título de outros créditos. Informa que este procedimento adotado nos exercícios de 1998 e 1999, no que se refere ao consumo de material não causou nenhum prejuízo para o Erário Público Estadual. Quanto às transferências de bens do ativo imobilizado o mesmo valor debitado é creditado, e para os exercícios acima citados resultou num crédito remanescente de 5% para a Fazenda Publica Estadual”.

Os auditores autuantes ao se pronunciarem sobre o Parecer da ASTEC, no que respeita as infrações 6 e 7, o fizeram de maneira divergente em alguns pontos, de modo que permanecem dúvidas principalmente quanto a liquidez do débito a ser cobrado.

Ao se manifestar sobre a intimação datada de 13/09/2004, o recorrente apresenta a relação das notas fiscais, fls. 648 a 694 dos autos, que geraram o lançamento de saída e conseqüente estorno no livro de apuração, quanto a identificação dos bens de uso e consumo e aqueles do ativo, pede prazo de noventa dias para realização do trabalho por considerá-lo uma tarefa de exame e avaliação criteriosa, a ser empreendida por técnicos tributaristas especializados, ao tempo em que pede o sobrestamento do processo até o atendimento final.

Findo o prazo, de 90 dias, solicitado e concedido, a empresa ré fez entrega de 37 volumes contendo os levantamentos solicitados.

Com o retorno dos autos à avaliação dos autuantes, estes se pronunciaram informando que nada mudava com relação à infração 7, porque é necessário para o cálculo do ICMS a ser estornado, que exista uma correlação entre a nota fiscal de saída e a nota fiscal que deu entrada, do bem imobilizado ou material de consumo ora transferido. Informa os ilustres Auditores que carece de segurança, se o material que foi transferido como sendo material de consumo não tenha dado entrada com crédito. Traz informação de amostragem por eles realizada, na documentação apresentada, onde se identifica a transferência de bens do ativo fixo como se fora material de consumo. Desse modo, confirmam os termos da infração em comento, a menos, aduzem, que o autuado correlacione as notas fiscais de saídas apresentadas com as respectivas notas fiscais de entradas, para aí sim, se fazer uma análise, se procede ou não o estorno do débito.

Em novo pronunciamento a Douta representante da PGE/PROFIS, reitera as dificuldades de se proceder ao julgamento do processo, pela ausência de elementos suficientes que possibilitem sua manifestação de forma conclusiva a respeito do quanto “debeatur”, sugerindo desse modo, a apuração da liquidez do débito ante a diligencia efetuada pela ASTEC, que a seu julgamento, diante da falta de conclusão da mesma, para lá deva retornar.

De volta a 1ª CJF, e diante do opinativo da ilustre representante da PGE/PROFIS, essa Câmara de Julgamento Fiscal em consonância com as razões expostas pela ilustre procuradora, concorda que as dúvidas devam ser totalmente esclarecidas, principalmente aquelas atinentes ao aproveitamento dos créditos fiscais apropriados, para tanto recomendou o retorno do presente PAF a INFAZ, para que intimado, o contribuinte apresente demonstrativo mês a mês, correspondentes aos exercícios de 1998 e 1999, das notas fiscais, correlacionado-as com os créditos apropriados, possibilitando realizar um julgamento com segurança.

Ao retornar o processo à diligencia, os fiscais responsáveis pelo feito assim se manifestaram: “(...) salientamos que no momento da entrega da intimação ao preposto da empresa, o mesmo argumentou que seria impossível realizar tal levantamento, vindo a ser concretizado o seu argumento, pelo fato de não ter a intimação até a presente data”.

A PGE/PROFIS, no exercício do controle da legalidade, conforme expedição da assistência do CONSEF, manifesta-se aludindo que a Procuradoria já se pronunciou quanto às infrações 5, 6, 7 e 9 pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

Diz que a ASTEC realizou diligência, Parecer nº 0120/04, por recomendação da CJF, em relação às infrações 6 e 7, tendo aquela assessoria entendido que o procedimento do autuado não gerou prejuízo ao Erário, quando do recebimento de bens do ativo e material de uso e consumo, procedentes de outros Estados onde a empresa estava acobertada por medida liminar, informando que o contribuinte agiu corretamente em relação a utilização dos créditos fiscais relativos aos bens de consumo.

A PGE/PROFIS, instada a se manifestar sobre a diligência, requereu que fosse providenciada a apuração do valor devido, caso seja aceito o raciocínio esposado pelo diligente.

Outra vez a CJF, entendendo justas e esclarecedoras as questões levantadas pela PGE/PROFIS, os autos foram remetidos a INFEP, e os auditores entenderam que os documentos trazidos em nada mudavam as infrações 6 e 7, pois não havia correlação entre as notas fiscais de entrada para que fosse verificado se houve apropriação ou não do crédito fiscal.

De novo, os autos ao retornarem a PGE/PROFIS, que insistiu na determinação do “*quantum debeatur*”, outra vez os autos são enviados aos mesmos auditores, que intimaram o autuado para apresentação da documentação necessária à apuração dos valores, mas esta não os apresentou.

Em retorno a PGE/PROFIS, assim se manifestou a ilustre procuradora: “*(...) considerando que o Parecer da ASTEC nº 0120/04 se ateve a infração em tese, não observando, data vênica, se havia substrato fático para tal conclusão.*”

Em tendo sido dada a oportunidade ao contribuinte para demonstrar o raciocínio contábil e jurídico esposado naquele Parecer técnico, não trouxe aquele os documentos necessários, pelo que entendo que NÃO DEVEM SER PROVIDOS os itens 6 e 7”.

Quanto aos demais reitera o entendimento expresso em Parecer pela Dra. Sylvia Amoedo, pelo Não Provimento.

Em despacho exarado pelo Sr. Procurador Dr. Rogério Leal Pinto de Carvalho, este ratifica o Parecer exarado pela Dra. Maria Dulce H. Baleeiro Costa, que concluiu pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

O Recurso Voluntário tem como objetivo contestar as infrações 5, 6, 7 e 9.

INFRAÇÃO 5 - 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.

Entendo que o RICMS/97 ao incorporar as normas contidas na Lei Complementar nº 87/96, em seu art. 97, II, vedou a utilização de crédito oriundo de serviços de transportes de pessoal, quando estes não estão intrinsecamente ligados ao processo produtivo. Sobre a matéria este CONSEF, através Acórdão CJF nº 0102-11/02, já se pronunciou pelo não aproveitamento de crédito da mesma origem, modificando decisão emanada pela 1ª JJF. Julgo, portanto, correta a autuação.

INFRAÇÃO 6, diz respeito a crédito presumido indevido, lançado no RAICMS, relativo a transferência de materiais de consumo com o CFOP 6.92, já que o imposto destacado nas notas fiscais foi totalmente estornado pelo contribuinte. Diz que como prova da infração os autuantes elaboraram demonstrativos, fls. 140 a 143 onde estão demonstrados os valores mensais do crédito presumido utilizado pelo autuado.

De acordo com os arts. 96, IV e 624, II, “a” e seu § único, ambos do RICMS/97, confirmam que o julgamento da JJF está correto a não acolher as razões apostas pelo autuado, uma vez que ficou comprovada, que as mesmas não se enquadram nos dispositivos legais aqui citados. Por outra

parte o autuado não trouxe aos autos nenhum levantamento ou documento que justificasse a regularidade dos créditos apropriados. Pelo Exposto entendo que a infração deva ser mantida.

INFRAÇÃO 7, que trata mais uma vez da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, agora, através de estorno de débito lançado no RAICMS, relativo a transferências interestaduais de bens do ativo permanente de materiais de uso e consumo, em desacordo com o que estatui o art. 624, do RICMS/96. Neste caso o contribuinte ao efetuar as referidas transferências, creditou-se, a título de estorno de débito, do valor do ICMS destacado nas notas fiscais emitidas.

Tal qual o fez na infração anterior, o autuado argüiu a inconstitucionalidade da não-cumulatividade do imposto. Esclarece que a glosa do crédito fiscal, não foi na operação de aquisição de mercadorias, e sim pelo fato de o autuado haver estornado o débito do imposto destacado nas notas fiscais de transferências emitidas. O contribuinte não comprovou o vínculo entre as notas de entrada com as respectivas notas de saídas, tornando impraticável a identificação das operações, desse modo há procedência da exigência desta infração.

INFRAÇÃO 9, aqui também o sujeito passivo alegou legítima, a apropriação dos créditos, com base no princípio constitucional da não-cumulatividade. Entendendo que o conteúdo do art. 100, II, do RICMS/97, oriente o contribuinte para estornar ou anular o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, inclusive o crédito relativo aos serviços a elas correspondentes, ressalvadas as disposições expressas de manutenção do crédito, quando as mercadorias ou os serviços, conforme o caso, quando forem objeto de operação ou prestação subsequente com redução da base de cálculo, hipótese em que o valor do estorno será proporcional à redução. Restando esclarecida a ausência de fundamentação legal para a manutenção da exigência fiscal, estando caracterizada a improcedência da autuação.

Concluindo voto PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário e pelo NÃO PROVIMENTO do referido Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269139.0011/03-0**, lavrado contra **PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PERTROBRÁS**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.839.992,01**, sendo R\$8.945.108,63, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” e “b”, da Lei nº 7014/96 e dos acréscimos moratórios e R\$894.883,38 acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “b” do mesmo art. e lei citados e demais acréscimos legais, homologando-se os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de setembro de 2005.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

EDUARDO NELSON DE ALMEIDA SANTOS – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS