

PROCESSO - A. I. Nº 298937.0003/05-5
RECORRENTE - PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRÁS
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 5ª JJF nº 0039-05/06
ORIGEM - IFEP - DAT/NORTE
INTERNET - 08.06.06

1ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0208-11/06

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** AQUISIÇÃO DE MATERIAL PARA USO E CONSUMO. A utilização do referido crédito fiscal está vedada até 01/01/07. Infração subsistente; **b)** SERVIÇO DE TRANSPORTE NÃO VINCULADO À MERCADORIA COM SAÍDA SUBSEQUENTE TRIBUTADA. É vedado o creditamento relativo ao serviço que não esteja vinculado a processos, dos quais resultem operações de saídas tributadas. Infração caracterizada; **c)** FALTA DE ESTORNO PROPORCIONAL. AQUISIÇÃO DE BENS PARA O ATIVO PERMANENTE DO ESTABELECIMENTO. SAÍDAS SUBSEQUENTES COM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. O crédito fiscal em questão só pode ser utilizado na proporção de 1/48 por mês, fato não observado pelo autuado. Infração parcialmente caracterizada. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo recorrente contra a Decisão da 5ª JJF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em destaque, lavrado em 30/09/05, exigindo ICMS no valor de R\$6.702.604,50, em decorrência das seguintes infrações:

1. “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à transferência interestadual de bens de uso e consumo. Usou crédito fiscal de ICMS por estorno de débito, lançado no LRAICMS, referente às transferências interestaduais de bens classificados pelo contribuinte como de uso e consumo, em desacordo com o que determina o artigo 624, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 6.284/97. O contribuinte ao efetuar as transferências interestaduais dos materiais supra citados creditou-se através de estorno de débito do total do ICMS destacado nas notas fiscais de saídas, no período de janeiro/2004 a setembro/2004” - R\$3.379.044,73;
2. “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente à transferência interestadual de bem de uso e consumo. Crédito fiscal de ICMS lançado indevidamente no Registro de Apuração do ICMS a título de Crédito presumido nas transferências de material de consumo, CFOP 6557, em discordância com o Art. 96, Inc. IV, do RICMS/BA. O contribuinte teria direito ao crédito presumido, conforme estabelece a alínea “b” do Inciso I e o Inciso III do parágrafo Único, do Art. 624, do RICMS/BA, se do cotejo entre o débito constante na nota fiscal de transferência e o imposto destacado na nota fiscal de aquisição do material objeto da transferência, resultasse saldo devedor, o que não foi o caso” - R\$544.031,20;
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. Relativo aos serviços de transportes intermunicipais de pessoal” - R\$765.439,36;
4. “Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base cálculo, no valor correspondente

a parte proporcional da redução. Relativo aos créditos de ICMS do ativo imobilizado utilizados no mês de dezembro/2004 (1/48)" - R\$825.006,43;

5. "Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução. Relativo aos créditos de ICMS do ativo imobilizado utilizados (1/48), nos meses de março, abril, maio, julho, outubro e novembro, calculado a menor" - R\$567.633,88;
6. "Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução. Relativo aos créditos de ICMS de aquisições para industrialização utilizados no período de abril a dezembro/2004, em decorrência das saídas de gás natural com redução de base de cálculo, calculado a menor" - R\$621.448,90.

Os autuantes, em informação fiscal (fls. 370 a 377), se manifestaram com relação a todas infrações contidas no presente PAF, citando onde coube, a legislação pertinente, e comentários objetivos, conforme segue:

Infração 1: O autuado, nas transferências interestaduais de bens de uso ou consumo, destaca o ICMS nessas notas fiscais. Na escrita fiscal, lança o valor do débito relativo a essas notas fiscais e, em seguida, o estorna no LRAICMS, em desacordo com o que preceitua o RICMS/BA, art. 624

O contribuinte não indicou as notas fiscais de aquisição que se referem ao valor estornado, impedindo à fiscalização verificar se na entrada do material houve ou não crédito do ICMS, pois há itens que podem ser considerados como ativo imobilizado ou como material de uso ou consumo, a depender de sua destinação. Citam a título de exemplo, partes e peças adquiridas para compor um equipamento novo e essas mesmas peças podem substituir outras desgastadas. A primeira gera o direito ao crédito por se classificar como Ativo Imobilizado, a segunda, peça de reposição, não gera direito ao crédito.

Também a falta de identificação das notas fiscais de aquisição relativas às transferências de bens classificados como ativo imobilizado, impede à fiscalização identificar a data de aquisição desses bens e assim poder aferir o valor do crédito a ser estornado, o qual poderia ser diferente do valor destacado na nota fiscal de transferência.

Como o contribuinte adotou um critério particular para se creditar do ICMS, vedando assim o acesso à fiscalização, mantém integralmente essa autuação.

Infração 2 (crédito presumido):

No momento das entradas de materiais de uso e consumo, o autuado não se credita do ICMS destacado na NF de aquisição nem do diferencial de alíquota lançado no LRAICMS. Já na saída por transferência, estorna o débito destacado na nota fiscal de transferência, e ao mesmo tempo cria um crédito presumido aleatório de 5%. Dessa forma, subtrai do recolhimento do ICMS mensal um percentual de 5%, sem que haja previsão legal para a empresa se creditar de tal valor. O autuado não identifica as notas fiscais de aquisição para o cálculo do crédito presumido ou estorno de crédito, conforme o caso, previsto no Art. 624. A priori ela elegeu um crédito presumido de 5% sobre as transferências interestaduais de material de consumo sem efetuar o cotejo previsto no RICMS/BA.

O RICMS/BA, no seu Art. 624, estabelece procedimento totalmente divergente do adotado pela empresa:

Art. 624 – [...]

b) tratando-se de bem de uso ou material de consumo (Conv. ICMS 19/91):

1 - será emitida Nota Fiscal, indicando como valor da operação o da última entrada do bem ou material, aplicando-se a alíquota interestadual;

2 - serão lançados os créditos fiscais originariamente cobrados, a qualquer título, sobre o respectivo bem ou material, pelo valor histórico, se ainda não utilizados;

III - para os efeitos da alínea “b” do inciso I, conforme o caso, será:

a) concedido crédito presumido, no valor correspondente à diferença apurada, se, do cotejo entre os débitos e os créditos, resultar saldo devedor;

b) exigido o estorno do crédito, no valor correspondente à diferença apurada, se, do cotejo entre os débitos e os créditos, resultar saldo credor.

Portanto, ao se fazer um lançamento a título de crédito presumido, sem o amparo da alínea “a”, do inciso III, do parágrafo único do Art. 624, o autuado incorre em erro provocando prejuízo ao Erário estadual, uma vez que o dispositivo legal só permite o crédito presumido se do cotejo entre débito e crédito resultar saldo devedor, caso resultasse saldo credor seria feito o estorno de crédito. Se o débito de ICMS destacado na nota fiscal de transferência for maior que o ICMS destacado na nota fiscal de entrada, é que existiria o crédito presumido correspondente a essa diferença, procedimento que não foi observado pelo autuado, resultando no surgimento de um crédito indevido sempre que a mesma faz transferência de material de consumo. Os argumentos do autuado são improcedentes, pelo que mantêm integralmente essa autuação.

Infração 03: (transporte de pessoal)

No mesmo Art. 97, aludido pelo autuado, existe o Inciso II, alínea “c” que trata especificamente do serviço de transporte interestadual ou intermunicipal que é o caso em tela.

Artigo 97 – É vedado ao contribuinte, salvo disposição em contrário, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou a entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados, qualquer que seja o regime de apuração ou de pagamento do imposto:

II – quando, salvo disposição em contrário, no caso de utilização de serviços de transporte interestadual, ou intermunicipal, ou de comunicação, o serviço não estiver vinculado:

c – a processos de industrialização, produção agropecuária, geração ou extração, dos quais resultem operações de saídas tributadas.

Gera direito ao crédito fiscal, o valor do imposto anteriormente cobrado relativo às aquisições de mercadorias que integrem ou sejam consumidas no processo produtivo, bem como os serviços de transportes destas, o que não é o caso do ICMS sobre o transporte de pessoal.

Diante do exposto mantém integralmente a ação fiscal.

Infração 04:

O LRAICMS de 12/2004, apresenta em outros créditos, item 006, o valor total de R\$2.881.314,59 (fl.125 do PAF). Na folha 126 este valor encontra-se discriminado da seguinte maneira, a título de outros créditos:

10.789,49	Parcela CIAP
7,46	Parcela CIAP
74.540,25	Parcela CIAP
3.016,40	Parcela CIAP
1.166.351,06	Parcela 1/48 difal. Ativo
1.611.428,27	Parcela 1/48 ativo
TOTAL: 2.866.132,93	

Destes créditos referentes à parcela CIAP, apenas o de valor R\$74.540,25 foi transferido para o LRAICMS já com a dedução do estorno relativo às saídas com redução de base de cálculo. Logo não deve fazer parte da base de cálculo para o referido estorno, restando apenas os demais valores referentes a 1/48 para compor a base de cálculo do estorno e as demais parcelas do CIAP. Este fato não foi mencionado pelo autuado no período da fiscalização razão porque não foi excluído do cálculo. Assim, acatam os argumentos do autuado apenas com relação ao valor de R\$74.540,25, porém o valor devido importa em R\$803.550,28, correspondente a multiplicação do fator de 28,7847% pela somatória dos créditos referentes a 1/48 lançados em outros créditos e as demais parcelas do CIAP, no valor de R\$2.791.592,68. Persiste uma diferença de R\$4.106,69, paga a menor pelo autuado.

Infração 5:

O valor autuado no mês de outubro/2004, de R\$90.977,18, decorreu da aplicação do fator de 29,41% sobre a base de cálculo de R\$2.784.879,84, resultando um débito de R\$819.033,18, tendo o contribuinte pago apenas o valor de R\$728.055,96, resultando um pagamento a menor de R\$90.977,18. Essa base de cálculo contempla os valores lançados no LRAICMS, outros créditos, item 006, conforme discriminação à folha 113 do PAF, tendo sido transferido do CIAP os valores de R\$4.967,67 e R\$2.162,84, sem terem sido reduzidos pelo estorno, logo devem ser excluídos na parte da base de cálculo desse estorno. Com relação ao fator utilizado de 29,41% a sua memória de cálculo encontra-se à folha 21 do PAF. Mesmo incluindo o CFOP 5655 não há alteração do fator. O contribuinte apresenta um fator de 26,21% sem explicar como chegou ao mesmo, pelo que, para o mês de outubro mantém-se o valor autuado de R\$90.977,18.

Com relação aos valores de R\$18.462,13, R\$2.539,21 e R\$2,17 lançados no CIAP e também no LRAICMS, item 006, outros créditos, devem compor a base de cálculo do valor a ser estornado em decorrência das saídas com redução de base de cálculo, ao contrário do que afirma o autuado. Com relação ao argumento de alteração do fator pela inclusão do CFOP 1658 e a retirada do CFOP 5652 não procede porquanto o CFOP 1658 não influi no cálculo do fator e o CFOP 5652 foi considerado pelos autuantes, conforme folha 22 do PAF e também vem sendo considerado em outros meses pela próprio autuado. Diante do exposto mantém integralmente essa autuação do mês de novembro/2004, no valor de R\$8.425,48, e considerando que o contribuinte pagou o valor de R\$2.627,17 resta o valor de R\$5.798,31.

Infração 6:

Nos valores autuados em maio, setembro e dezembro, decorreu da inclusão dos créditos de ICMS com CFOP 2658 quando o correto, segundo o contribuinte, seria CFOP 2659. O estorno proporcional dos créditos incluem tanto aqueles relativos às aquisições de materiais adquiridos para a extração quanto aqueles adquiridos para comercialização com saída subsequente com redução de base de cálculo, conforme determina o Art. 100, II do RICMS/BA. Dessa maneira os valores destes créditos devem fazer parte da base para o cálculo do estorno.

O contribuinte contesta os valores relativos aos meses de maio, setembro, outubro e dezembro com relação ao mês de outubro acatam a inclusão do CFOP 5655 e refazendo os cálculos constatam que o fator permanece o mesmo, como segue.

CFOP	11.538.598,60
5101	0,00
5151	0,00
5652	884.481,16
5653	0,00
5655	10.654.116,84
5658	0,00
CFOP	39.233.589,29
5101	0,00

5151	0,00
5652	3.007.418,49
5653	0,00
5655	36.226.170,80
5658	0,00

Cálculo: $11.538.598,60 / 39.233.589,29 \times 100 = 29,41$

Portanto, permanece o valor autuado de R\$22.027,21, tendo em vista que o contribuinte não comprovou ou demonstrou como obteve o fator de 26,21%.

Resumem concluindo pela manutenção integral das infrações 01, 02 e 03.

Com relação à infração 04 concordam em parte com o autuado, e indicam persistir um débito de R\$4.106,69, mês de competência dezembro/2004.

Com relação à infração 5 mantêm a autuação relativa ao mês de outubro, no valor de R\$90.977,18 e a de novembro fica mantido o valor de R\$8.425,48, que abatido do valor pago pelo contribuinte de R\$2.627,17, persiste um débito de R\$5.798,31.

Com relação à infração 06, abatidos os valores reconhecidos e pagos pelo autuado, persistem ainda os seguintes débitos: maio R\$129.541,59; setembro R\$96.580,97; outubro R\$21.742,95 e dezembro R\$86.479,56.

O autuado foi cientificado (fl. 379) das retificações efetuadas pelos autuantes, sendo fornecida cópia da informação fiscal prestada, porém não se manifestou a respeito.

Às fls. 381 e 382 dos autos, foram juntados comprovantes de pagamento e relação de DAEs extraídos dos sistemas SIDAT e INC.

Presentes aos autos os ilustres julgadores da 5ª JJF, preliminarmente rejeitam a diligência ou perícia solicitada, tendo em vista que os elementos constantes nos autos mostram-se suficientes para a formação de convicção, tendo por base ao que estabelece o artigo 147, inciso I, “a” e II, “a”, do RPAF/99. Realçam os douto julgadores, o fato de que o autuado foi cientificado (fl. 379) das retificações efetuadas pelos autuantes, sendo-lhe fornecida cópia da informação fiscal prestada, porém não houve manifestação do sujeito passivo, sobre os novos números apresentados.

Abordando as infrações 1 e 2, observam o autuado limitar-se a questionar a constitucionalidade da legislação estadual, no entanto, pelo que determina o art. 167, I, do RPAF/99 não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade. E com respeito à primeira infração, constatou-se que nas transferências interestaduais de bens de uso ou consumo, é destacado o ICMS nas notas fiscais respectivas, lançando na escrita fiscal o valor do débito relativo a essas notas fiscais, estornando em seguida no LRAICMS, contrariando ao que determina o art. 624, do RICMS/97.

Na segunda infração, demonstram os autos que nas entradas de materiais de consumo, o autuado não se credita do ICMS destacado na NF de aquisição nem do diferencial de alíquota lançado no LRAICMS. Entretanto nas saídas por transferência, o autuado estorna o débito destacado na nota fiscal de transferência, e ao mesmo tempo cria um crédito presumido aleatório de 5%, dos quais não há previsão legal para esse creditamento. Ressaltam os julgadores, que o autuado não identificou as notas fiscais de aquisição para o cálculo do crédito presumido ou estorno de crédito, conforme o caso, contrariando também as determinações do art. 624, do RICMS/97.

Passam para a análise da infração 3, na qual o autuado alegou que o serviço de transporte de pessoal, tomado, possui vínculo com a atividade da empresa, entendendo que tem direito ao crédito questionado com base no que dispõe o art. 97, IV, “c”, do RICMS/97, que trata de serviços de uma maneira geral.

Aduzem que, apesar da importância dos empregados do setor produtivo para a empresa, o valor do imposto incidente nos serviços de transporte dos mesmos não gera direito ao crédito, pois a

norma regulamentar só alcança as mercadorias que se integram ou são consumidas durante o processo produtivo. O aproveitamento do crédito oriundo do transporte da mão-de-obra direta, é hipótese não prevista na legislação estadual do ICMS, de acordo com as determinações do art. 97, II, “c”, do RICMS/97, o qual tratando especificamente do serviço de transporte interestadual ou intermunicipal, veda o creditamento decorrente de serviços que não estejam vinculados a processos de industrialização, produção agropecuária, geração ou extração, dos quais resultem operações de saídas tributadas.

Em comento às infrações 4, 5 e 6, relativas a falta de estorno de crédito fiscal de ICMS, por saídas subseqüentes de mercadorias com redução de base cálculo, e no valor correspondente à parte proporcional da redução, aduzem tratar-se de créditos de ICMS do ativo imobilizado (infrações 4 e 5) e relativos a aquisições para industrialização (infração 6).

Na infração 4, o autuado acatou o valor exigido no montante de R\$799.444,89, contestando o restante, dizendo que os autuantes consideraram em seus cálculos as parcelas referentes ao próprio mês 12/2004, porém já inseridas no CIAP e, portanto excluídas da composição final.

Por sua vez, os autuantes acataram os argumentos defensivos, porém concluíram que o valor a ser abatido deve ser de R\$74.540,25, tendo em vista que esse foi o valor transferido pelo autuado, conforme o LRAICMS, já com a dedução do estorno relativo às saídas com redução de base de cálculo.

Concordam os i.julgadores com a redução efetuada pelos autuantes, na infração em análise, para o montante de R\$803.550,28, e que correspondente a multiplicação do fator de 28,7847% sobre o somatório dos créditos referentes a 1/48 lançados em “outros créditos” e as demais parcelas do CIAP, no valor de R\$2.791.592,68.

Na infração 5, o autuado acatou os valores lançados nos meses de competência março, abril, maio e julho, contestando apenas os valores relativos aos meses de outubro e novembro/2004.

- Em outubro entende que o estorno do débito deve ser calculado com base no percentual de 26,21% ao invés do percentual de 29,41% utilizado pelos autuantes.
- Em novembro argúi que os valores de R\$18.462,13, R\$2.539,21 e R\$2,17 já foram lançado no CIAP e que houve a alteração do fator pela inclusão do CFOP 1658 e a retirada do CFOP 5652.

Entende a ilustre JJF a correção do procedimento fiscal, haja vista que o valor autuado no mês de outubro/2004, de R\$90.977,18, decorreu da aplicação do fator de 29,41% sobre a base de cálculo de R\$2.784.879,84, resultando um débito de R\$819.033,18. Essa base de cálculo contempla os valores lançados no LRAICMS, outros créditos, item 006, conforme discriminação à fl 113 do PAF. Com relação ao fator utilizado pelos autuantes de 29,41% a sua memória de cálculo encontra-se à fl. 21, e mesmo incluindo o CFOP 5655, mencionado pelo autuado em sua peça defensiva, não haveria alteração do mesmo. Há ausência da demonstração do autuado, quanto ao fator de 26,21%, por ele mencionado, e pelo que dispõe o art. 141, do RPAF/99, se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação.

Ressaltam quanto ao mês de novembro, que os valores de R\$18.462,13, R\$2.539,21 e R\$2,17 lançados no CIAP e também no LRAICMS, item 006, outros créditos, devem compor a base de cálculo do valor a ser estornado em decorrência das saídas com redução de base de cálculo. Quanto a argumentação de alteração do fator pela inclusão do CFOP 1658 e a retirada do CFOP 5652, não vêem os i. julgadores haver procedência, porque o CFOP 1658 não influi no cálculo do fator e o CFOP 5652 foi considerado pelos autuantes, conforme planilha à fl. 22. Julgam também por manter a infração relativa ao mês em questão.

Na infração 6, o sujeito passivo acatou os valores relativos aos meses de abril, junho, julho, agosto e novembro/2004, e rejeitou os relativos aos meses de maio, setembro, outubro e dezembro/2004.

Analisam os ilustres julgadores a argüição de que em relação aos valores autuados em maio, setembro e dezembro, cujos créditos decorrentes da aquisição de gás natural, da unidade da Petrobrás/SE, não devem fazer parte da base de cálculo para o estorno proporcional devido à redução de base de cálculo nas saídas. E em relação ao mês de outubro, a contestação do fator de estorno de 29,41% utilizado pelos autuantes, e a reclamação da exclusão do CFOP 5655 e a inclusão do CFOP 3101.

Na análise desses elementos constitutivos do PAF, entende a ilustre JJF mais uma vez não assistir razão ao autuado, uma vez que o estorno proporcional dos créditos inclui tanto aqueles relativos às aquisições de materiais adquiridos para a extração quanto àqueles adquiridos para comercialização com saída subsequente com redução de base de cálculo, conforme determina o art. 100, II do RICMS/97, de forma que é nítido os valores destes créditos deverem fazer parte da base para o cálculo do estorno.

Realçam os d. julgadores, o fato de que o autuado foi cientificado (fl. 379) das retificações efetuadas pelos autuantes, sendo-lhe fornecida cópia da informação fiscal prestada, porém não houve manifestação do sujeito passivo, sobre os novos números apresentados.

E julgam pela Procedência em Parte do Auto de Infração, em virtude da redução do valor a ser exigido na infração 4 para R\$803.550,28, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Em sede de Recurso Voluntário, o recorrente através prepostos advogados, basicamente reprisa as seguintes alegações, já apresentadas quando da defesa inicial à lavratura do auto em comento;

INFRAÇÕES 1 e 2;

Que ao se examinar a questão do creditamento fiscal no ICMS, deve-se ter presente que o mesmo decorre de comando constitucional, e que no princípio da não-cumulatividade, a Constituição não faz nenhuma restrição à sua utilização, não podendo fazê-lo a lei complementar ou ordinária. E que o creditamento é um dever do contribuinte, e acrescenta à sua defesa algumas alegações doutrinárias sobre a não-cumulatividade (Profs. José Eduardo Soares de Melo, Luiz Francisco Lippo, Roque Antonio Carraza, Geraldo Ataliba e Cléber Giardino).

INFRAÇÃO 3;

Alega o recorrente não assistir razão ao fisco, pois trata-se de questão já discutida em diversas outras autuações promovidas contra o mesmo, acerca de creditamento fiscal. Expõe que o serviço contratado de transporte de pessoal, é vinculado com a atividade da empresa, qual seja, a extração de petróleo e gás, e o crédito de ICMS incidente nos faturamentos dos contratos de prestação de transporte de pessoal de unidade operacional e administrativa, não se pode confundir com os serviços dos veículos de transporte de pessoal de uso direto e exclusivo de alguns empregados a que faz menção o § 2º, do art. 20, da Lei Complementar 87/96. Assim entende que teria direito ao crédito do referido serviço, e cita o art. 97, Inciso IV, alínea “c”, do RICMS/BA, que trata de serviços de uma maneira geral. Transcreve, ainda, voto em separado proferido pelo i. julgador, Sr. José Bezerra Lima Irmão no julgamento do A.I. nº 299904.0001/02-1, visando amparar consubstanciar sua defesa.

INFRAÇÃO 4;

Aceita parcialmente o valor desta infração, no total de R\$799.444,89 refutando o restante por terem os autuantes considerado em seus cálculos as parcelas referentes ao mês 12/2004, porém já inseridas no CIAP, e portanto excluídas da composição final.

INFRAÇÃO 5;

Da mesma forma que a anterior, acata os valores lançados nos meses de competência março, abril, maio e julho e contesta os valores relativos aos meses de outubro e novembro/2004.

Com relação a outubro/04, reclama do fator considerado pela autuação de 29,41% em decorrência da retirada dos cálculos do CFOP 5655 e a inclusão do 3101, além de inclusão de valores já considerados no CIAP.

E que em novembro/04, a existência de valores que já foram lançados no CIAP, resultou alterado o fator pela inclusão do CFOP 1658 e a retirada do CFOP 5652, tendo o recorrente aceito o valor de R\$2.627,17 para este referido mês.

INFRAÇÃO 6;

Reconhece os valores da autuação, relativos aos meses de abril, junho, julho, agosto e novembro/2004, rejeitando os relativos aos meses de maio, setembro, outubro e dezembro/2004. Em relação aos valores autuados em maio, setembro e dezembro, aponta que os créditos de aquisição de gás natural, da unidade da Petrobrás/SE, indevidamente classificados na posição 2658, não devem fazer parte da base de cálculo para o estorno proporcional devido à redução de base de cálculo nas saídas. Com relação ao mês de outubro contesta o valor autuado por ter sido usado um fator de estorno de 29,41%. O contribuinte concorda com a inclusão do CFOP 3101 e discorda da exclusão do CFOP 5655 no cálculo do fator de estorno, e que tomadas estas considerações, levaria ao fator 26,21%.

Solicitou o recorrente ao início a realização de perícia técnica ou diligência por auditores estranhos ao feito, e seu petitório final pleiteia seja conhecido e provido o Recurso voluntário, no sentido da total improcedência do Auto de Infração, com reforma da Decisão recorrida.

Presentes aos autos, a PGE/PROFIS através ilustre procuradora Dra. Maria Dulce Baleiro Costa, tece seu opinativo observando que as alegações do recorrente não merecem acolhida, pelos seguintes pontos a considerar;

Em relação às infrações 1 e 2, diz a n. procuradora que a legislação infraconstitucional, cuja competência abrange esta matéria, estabelece que o crédito fiscal relativo a materiais de uso e de consumo somente será utilizado a partir de 2007. O CONSEF deve se restringir à aplicação da legislação estadual e complementar.

E que para o crédito fiscal relativo ao transporte de pessoal, já há entendimento consolidado nesta Corte administrativa que o pessoal da empresa não está relacionado à produção ou a comercialização, pelo que deve ser entendido como sem relação às operações tributadas.

E em relação aos percentuais de estornos dos créditos correspondentes ao ativo fixo, nas saídas com redução da base de calculo, estes já foram analisados pelo agente fiscal e pela i. JJF, não tendo o recorrente trazido qualquer elemento novo para modificá-los.

Opina a ilustre procuradora pelo Não Provimento ao Recurso Voluntário apresentado.

VOTO

O presente PAF estende-se ao longo de 06 infrações lançadas pelo agente fiscal, sobre as quais faço as seguintes considerações;

INFRAÇÃO 1 - O contribuinte elegeu forma peculiar de tratar a escrituração fiscal, no que tange ao ICMS, promovendo nas transferências interestaduais de bens de uso e de consumo, ao lançamento dos débitos dessas notas fiscais e a seguir os estorna, contrariamente ao art. 624 do RICMS/BA. Não promoveu, também, a indicação das notas fiscais envolvidas, quando das entradas dessas mercadorias ou bens, impedindo à fiscalização verificar se houve créditos de ICMS, e se houveram esses créditos, se eram corretos, pois tanto essas entradas poderiam ser para o ativo fixo, como bens destinados ao uso e consumo, e ressalta ainda que no caso de ativo permanente, não foi permitido à fiscalização analisar a data de aquisição para em seqüência aferir o valor do credito a ser estornado.

INFRAÇÃO 2 - O autuado pratica uma presunção de crédito de 5%, sem haver previsão legal para este fato, pois que na saída por transferência, estorna o debito lançado da nota fiscal e ao mesmo tempo registra do LARICMS esse crédito espúrio de 5%. Dessa forma reduz seu recolhimento ao erário. Como na infração anterior, o autuado não indica as notas fiscais de entradas para permitir a aferição e o cabimento do cálculo do credito presumido ou do estorno de credito.

De qualquer sorte, a não indicação das notas fiscais de aquisições envolvidas nas infrações 1 e 2 supra, impossibilitam ao cotejamento previsto no art. 624," b", 1 e 2, inciso III, "a" e "b", motivo pelo qual voto pela procedência dessas duas infrações.

INFRAÇÃO 3 - Relaciona-se com o art. 97, inciso II, alínea "c" o qual prescreve direito ao crédito fiscal, no valor do imposto anteriormente cobrado e relativo às mercadorias que integrem ou sejam consumidas no processo industrial, assim como os *serviços de transportes destas*, o que claramente não abrange, por não ser o caso, a incidência do ICMS no transporte de pessoal. Infração procedente.

INFRAÇÃO 4 - A omissão foi relativa à saída de bens que integravam o ativo fixo do contribuinte, tomado-se por base o CIAP. Aplicando-se o fator claramente demonstrado nos autos, de 28,7847% sobre o somatório dos valores relativos aos 1/48 avos (R\$2.791.592,68) obtém-se para esta infração a importância de R\$803.550,28, reduzindo-se assim o valor original desta infração.

INFRAÇÃO 5 - Esta infração, da mesma espécie que a anterior, foi contestada pelo autuado com relação aos meses de outubro e novembro de 2004: em outubro/04, sob alegação de que deveria ter sido calculada através o fator de 26,21% ao invés do aplicado que foi de 29,41%. Há ausência de demonstração de como foi obtido o fator defendido, em contrapartida o índice utilizado está cabalmente demonstrado á fls. 21 do PAF: em novembro/04, alegou o autuado que as parcelas de R\$18.462,13, R\$2.539,21 e de R\$2,17 já haviam sido lançadas no CIAP e que o fator aplicado teria sido influenciado pela adição do CFOP 1658 e da exclusão do 5652.

Restou, vista à correção do procedimento fiscal dos autuantes, porquanto a CFOP 5652 foi considerada e a 1658 não afetou o cálculo do fator.

E as citadas parcelas lançadas no item 006 Outros Créditos LARICMS, CIAP, devem compor a base de cálculo do imposto a ser estornado em virtude das saídas com redução de bases.

INFRAÇÃO 6 - O autuado rejeitou os valores imputados aos meses de maio, setembro, outubro e dezembro de 2004, por conta da aquisição de gás natural da unidade Petrobrás/SE: conforme preceitua o art. 100, inciso II do RICMS/BA, o estorno proporcional dos créditos inclui os relativos a aquisição de materiais para a extração, bem como para a comercialização, desde que com saídas subsequentes em bases de cálculo reduzidas, como foi tipificado no caso em comento, não restando dúvidas quanto à necessária consideração desses créditos na base de cálculo para fins de estorno.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário apresentado, para manter PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração sob exame.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 298937.0003/05-5, lavrado contra PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRÁS, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$6.681.148,35, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, "a" e "b", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de maio de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS