

PROCESSO - A. I. Nº 2999040002/05-2
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e PETRÓLEO BRASILEIRO S/A – PETROBRÁS (REFINARIA LANDULPHO ALVES)
RECORRIDOS - PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRÁS e (REFINARIA LANDULPHO ALVES) FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 0240-01/05
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 13/12/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0435-11/06

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. **a)** UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a.1)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. Modificada a Decisão recorrida. Reduzido o débito após revisão fiscal. Infração comprovada em parte. **a.2)** SERVIÇO DE TRANSPORTE DE PESSOAL. Infração caracterizada. **b)** GLOSA DE CRÉDITO. LANÇAMENTO ANTECIPADO DE CRÉDITO RELATIVO A OPERAÇÃO DE IMPORTAÇÃO. Exigência do imposto convertida em multa pela utilização de crédito fiscal antecipado, prevista em lei. Infração parcialmente subsistente. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. **a)** BEM DESTINADO AO ATIVO PERMANENTE. **a.1)** TRANSFERÊNCIA DE BENS. Infrações não elididas. **b)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. **b.1)** TRANSFERÊNCIA DE MATERIAL DE CONSUMO. Infrações caracterizadas em parte. Modificada a Decisão recorrida. Refeitos os cálculos do lançamento mediante diligência saneadora. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. MULTA. **a)** MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Lançamentos confirmados. 4. LIVROS FISCAIS. CONTROLE DE CRÉDITO DE ICMS DO ATIVO PERMANENTE – FALTA DE ESCRITURAÇÃO. MULTA. A falta de escrituração de livro fiscal enseja a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória. A multa é pelo fato em si, e não, relativamente a cada exercício ou livro. Lançamento parcialmente subsistente. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício e Recurso Voluntário interpostos contra Decisão de Primeira Instância que julgou Procedente Em Parte o Auto de Infração, lavrado em 30/03/2005, o qual exige imposto no valor de R\$13.884.630,13 , além de multa no valor de R\$304.696,36, pelas seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Créditos de ICMS decorrentes de aquisições de produtos químicos para análise e tratamento de água, preservação de equipamentos e outros materiais de uso e consumo, nos meses de janeiro a dezembro dos exercícios de 2002 e 2003, no total de R\$ 919.153,56;

INFRAÇÃO 2 - utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Créditos de ICMS decorrentes de aquisições de materiais de

uso e consumo, registrados como ativo imobilizado, nos meses de abril a junho, agosto e dezembro de 2003, no total de R\$ 13.019,10;

INFRAÇÃO 3 - utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documento fiscal em duplicidade, nos meses de março a julho e novembro de 2002 e maio de 2003, no total de R\$ 62.850,47;

INFRAÇÃO 4 - 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, nos meses de janeiro a dezembro de 2002 e fevereiro a dezembro de 2003, no total de R\$ 1.102.022,09;

INFRAÇÃO 5 - utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a mais nos documentos fiscais, nos meses de janeiro, março, maio e junho de 2002 e fevereiro e julho a outubro de 2003, no total de R\$ 1.343,21;

INFRAÇÃO 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 próprio estabelecimento, nos meses de abril a novembro de 2002 e janeiro a dezembro de 2003, no total de R\$ 218.846,70;

INFRAÇÃO 7 - 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. Referente às transferências de bens, nos meses de janeiro a outubro de 2002 e janeiro e março a dezembro de 2003, no total de R\$ 61.861,22;

INFRAÇÃO 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, nos meses de janeiro a dezembro dos exercícios de 2002 e 2003, no total de R\$ 71.599,50;

INFRAÇÃO 9 - 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, nos meses de janeiro a dezembro dos exercícios de 2002 e 2003, no total de R\$ 191.929,61;

INFRAÇÃO 10 - 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 aquisições de produtos químicos para análise e tratamento de água, preservação de equipamento e outros, nos meses de janeiro a dezembro dos exercícios de 2002 e 2003, no total de R\$ 499.830,09;

INFRAÇÃO 11 – deixou de recolher no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, no mês de janeiro de 2003, no total de R\$ 3.257,40;

INFRAÇÃO 12 – reteve e recolheu a menos 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, nos meses de janeiro e julho de 2002, no total de R\$ 81.906,70;

INFRAÇÃO 13 – recolheu a menos ICMS devido pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembarço, quer pela utilização incorreta da taxa cambial, nos meses de janeiro, fevereiro, abril, maio, julho a dezembro de 2002 e, janeiro a abril, junho, agosto e dezembro de 2003, no total de R\$ 392.735,78;

INFRAÇÃO 14 – deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação, sem o devido registro na escrita fiscal. Cópias de notas fiscais arrecadadas pelo CFAMT, nos meses de janeiro a dezembro de 2002 e, janeiro a novembro de 2003, multa no total de R\$ 234.762,70;

INFRAÇÃO 15 - deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Notas fiscais arrecadadas pelo CFAMT, nos meses de janeiro a dezembro de 2002 e janeiro a setembro de 2003, multa no total de R\$ 10.621,62;

INFRAÇÃO 16 – deixou de escrutar livros fiscais – CIAP – Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente, nos exercícios de 2002 e 2003, multa no total de R\$ 920,00;

INFRAÇÃO 17 – forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com emissão de operações ou prestações, nos meses de janeiro a abril, junho, setembro a dezembro de 2002 e março, abril, agosto a outubro de 2003, multa no valor de R\$ 58.392,04;

INFRAÇÃO 18 – deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas de combustíveis e lubrificantes realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Saída de Querosene de Aviação, no mês de abril de 2002, no valor de R\$ 51.990,25;

INFRAÇÃO 19 - 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. Notas fiscais capturadas no CFAMT, sem o devido registro pela empresa, nos meses de maio, agosto, outubro e novembro de 2002 e janeiro, março, junho e setembro de 2003, no total de R\$ 34.469,32;

INFRAÇÃO 20 - 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 notas fiscais capturadas no CFAMT, sem o devido registro pela empresa, nos meses de janeiro a março, maio a outubro e dezembro de 2002 e janeiro, fevereiro, abril, junho a outubro de 2003, no total de R\$ 157.094,84;

INFRAÇÃO 21 – recolheu a menos o ICMS em razão de lançamento a crédito no livro Registro de Apuração do ICMS, o ICMS relativo à importação de mercadorias em período de apuração anterior ao do pagamento do imposto no momento do desembarque aduaneiro ou ao da entrada efetiva da mercadoria no estabelecimento, nos meses de agosto e novembro de 2003, no total de R\$10.020.720,29.

Os membros da Primeira Instância acordaram nos seguintes termos:

Rejeitaram o pedido de prorrogação do prazo de 15 (quinze) dias solicitado pelo contribuinte, uma vez que nos demonstrativos (Anexos G e I), cujas cópias o recorrente recebeu quando da ciência do Auto de Infração, estão identificadas as datas de suas emissões e o mês de referência, ou seja, de sua escrituração nos livros fiscais, não justificando os argumentos alegados pelo sujeito passivo de que nos citados demonstrativos não constam a indicação dos meses em que foram lançadas as notas fiscais, objeto do pedido de prorrogação do prazo de apresentação da defesa. Entretanto, o contribuinte requereu a juntada das cópias das notas fiscais, em 16/05/2005, tendo a relatora *a quo* recebido o mesmo quando da apreciação do processo em pauta suplementar, em 15/06/2005, além do que, até o momento da assentada do julgamento, nada foi apresentado que viesse a descaracterizar o lançamento do crédito tributário.

No tocante aos argumentos de ter havido afronta ao princípio da não-cumulatividade do imposto, ressaltaram que a 1^a Instância de Julgamento Fiscal, por ser foro administrativo, não tem competência para se pronunciar sobre constitucionalidade de norma tributária, conforme expresso no art. 167, do RPAF/99.

Constataram que o recorrente reconheceu, expressamente, o cometimento das infrações 2, 3, 5, 6, 8, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19 e 20, pelo valor total. E parcialmente as infrações 7 e 9. Assim, mantidas as irregularidades apuradas nas infrações acima reconhecidas.

Analizando as peças processuais, perceberam que o recorrente impugnou as infrações: 1, 4, 10 e 21, na sua totalidade, e 7 e 9 parcialmente:

Acordaram que as infrações 1 e 10 cuidam da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente as aquisições de material para uso e consumo do estabelecimento (produtos químico para análise e tratamento de água, preservação de equipamentos e outros materiais de uso e

consumo) e da falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, dos referidos materiais, que devem ser analisados em conjunto, pois interligados.

Argumentaram que no CONSEF, já existem reiteradas decisões, a exemplo dos Acórdãos CJF nºs 0071-12/05, CJF nº 0074-12/02, CJF nº 1095/01 e CJF nº 0159-12/03, em que tem sido mantida a glosa de tais créditos. Desta maneira, mantiveram a autuação, em relação à utilização indevida de crédito fiscal e falta de recolhimento da diferença de alíquotas (itens 1 e 10 do Auto de Infração).

INFRAÇÃO 4 - utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de serviços de transporte de pessoal.

O recorrente, em sua impugnação, se insurge contra a restrição do direito ao crédito fiscal inserido no art. 97, II, “c”, do RICMS/97, entendendo que tal disposição impõe restrição ao direito de crédito em flagrante oposição à Constituição Federal, além do que, a seu ver, o serviço de transporte tem vinculação ao processo de industrialização, por se tratar de prestação de serviços de transporte de pessoal da unidade operacional e administrativa.

Informaram que posicionamento sobre matéria idêntica foi proferido no Acórdão JJJ nº 0670/01, tendo sido mantida a Decisão de 1ª Instância, através dos Acórdãos CJF nº 0082-11/02 e CS nº 0015-21/03.

É inquestionável que mão-de-obra e encargos se constituem em elementos do custo industrial, já que o custo industrial é composto de mão-de-obra, encargos e insumos. Entretanto, apenas os insumos ensejam creditamento do ICMS.

Desta forma, no conceito de custo industrial deve ser interpretado que parcelas são ensejadoras de crédito fiscal do ICMS e quais, ainda que sendo custo industrial, não autorizam o creditamento do ICMS. Assim, independente da utilização dos transportes de pessoal serem ou não relativos a funcionários lotados diretamente na unidade fabril, não há previsão na legislação legal para utilização de crédito fiscal para tal finalidade.

Ressaltaram, ainda, que o CONSEF em Decisão proferida na Câmara Superior, já se manifestou de forma idêntica, confirmando ser indevido o referido crédito, através do Acórdão CS nº 0222/00, conforme abaixo transcrito:

Acórdão CS nº 0222/00 – “Quanto aos itens da autuação referente à utilização indevida de crédito fiscal relativos à alimentação e ao transporte dos empregados do recorrente, ressalta-se o entendimento equivocado do recorrente ao afirmar que os mesmos sendo custo industrial, “..essencial para que a impugnante obtenha o produto final...” (sic), cabível seria o uso do crédito. Ora, novamente a empresa utiliza-se de sofismas para embasar o seu entendimento, obviamente que praticamente tudo é tido como custo industrial em um processo de industrialização, mas nem por isso tudo o que é assim considerado gera direito a crédito fiscal. O recorrente não é empresa fornecedora de refeições – quando então os insumos utilizados no preparo das mesmas geram efetivamente direito a crédito – e nem tampouco empresa prestadora de serviço de transporte, já que ninguém presta serviço a si mesmos. Portanto também não há que se falar em direito a crédito nas situações aqui comentadas.” Os serviços de transporte de pessoal constituem-se em encargos, independentemente da utilização dos transportes serem ou não relativos a funcionários lotados diretamente na unidade fabril.

Dante do acima exposto, concluíram pela manutenção da autuação.

INFRAÇÕES 7 e 9 - deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições por transferências de bens oriundos de outras unidades da Federação e destinados ao ativo fixo e a consumo do próprio estabelecimento.

O recorrente, em sua defesa, afirmou que as transferências de bens do ativo e material de consumo estão sob liminar, em outras unidades da Federação, não tendo havido destaque do imposto nos documentos fiscais. Desta forma, ao seu ver, as operações não tendo sido submetidas à tributação na origem, por força da medida liminar, por conseguinte, não cabe a diferença de alíquota exigida na autuação.

Inicialmente, os membros *a quo* ressaltaram que a Lei nº 7.014/96, no seu art. 4º define o momento da ocorrência do fato gerador do imposto, no caso de diferença de alíquota, a citada

ocorrência está prevista no inciso XV do referido artigo da lei. O fato gerador e a base de cálculo está disciplinada na mesma lei, no § 6º do art. 17, XI.

E o RICMS/97, no seu art. 7º, estabelece quais situações não se exige diferença de alíquota e dentre elas dispõe no inciso III, “a” e “b”.

O não destaque do imposto nos documentos fiscais, objeto da impugnação, decorre de medida liminar impetrada contra os Estados de origem, não tendo, o recorrente, trazido ao processo a comprovação de que os efeitos da citada medida liminar tivessem alcançado o imposto devido ao Estado da Bahia.

Assim, a indicação de “não-incidência” nos documentos fiscais não decorre de disposição constitucional, e sim, de Decisão por força de medida liminar, não tendo ficado demonstrada que o Estado da Bahia seja parte da citada liminar. Desta forma, sendo as mercadorias (bens do ativo fixo e material de uso e consumo) tributadas pelo ICMS, correta a diferença de alíquota exigida na presente autuação, inclusive, o valor exigido resultou da aplicação do percentual equivalente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sobre o valor da operação indicada nos documentos fiscais.

Diante disso, mantiveram as infrações 7 e 9 da autuação.

INFRAÇÃO 21 – recolhimento a menos o ICMS em razão de lançamento a crédito no livro Registro de Apuração do imposto relativo à importação de mercadorias em período de apuração anterior ao do pagamento do imposto no momento do desembarque aduaneiro ou ao da entrada efetiva da mercadoria no estabelecimento.

Como bem esclareceram as autuantes, as IN-SRF 175/2002 e IN-SRF 206/02, que, inclusive, revogou a IN-SRF nº 69/96, disciplinam sobre as normas quanto à importação de mercadorias e seus procedimentos, no âmbito da Receita Federal, inclusive o Regulamento Aduaneiro define com precisão o que é Despacho Aduaneiro de Importação e que o mesmo não se confunde com Desembarço Aduaneiro.

Quanto às normas que regem o ICMS, observaram que a legislação tributária do Estado da Bahia, através do RICMS/97, estabelece no seu art. 93, I e § 9º, o seguinte:

Art. 93. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

I - o valor do imposto anteriormente cobrado, relativo às aquisições ou recebimentos reais ou simbólicos:

§ 9º Quando se tratar de mercadoria importada que deva ser registrada com direito ao crédito, o imposto pago no momento do desembarço aduaneiro poderá ser escriturado no período de apuração em que tiver ocorrido o seu recolhimento, ainda que a entrada efetiva da mercadoria se verifique em período posterior. (grifo aditado)

Verificaram nos autos o lançamento nos livros Registro de Entradas e Apuração de valores a título de “outros créditos” decorrente da importação das mercadorias, em período anterior ao efetivo pagamento do imposto devido, ou seja, o recorrente se creditou, nos meses de agosto e novembro de 2003, de valor do imposto a título de “outros créditos” levando em conta a data da emissão da Declaração de Importação, momento em que ocorreu o despacho aduaneiro de importação, sem atentar para os seguintes fatos:

- 1) analisando as cópias das notas fiscais de entradas identificaram que nos meses de agosto e novembro de 2003, ocorreram os Despachos Aduaneiros Antecipados de Importação, com a emissão das Declarações de Importação nºs 03/0669814-0 (08/08/03) - 03/0986640-0 e 03/0986454-7 (12/11/03) – 03/1030769-9 e 03/1030781-8 (25/11/03), com base no art. 4º da IN SRF 175/02 c/c os arts. 47 e 48 da IN SRF nº 206/02;
- 2) Foi solicitado pelo contribuinte a adoção de regime especial para:
 - a) Postergar o recolhimento do ICMS incidente nas importações de bens do ativo, bens de uso, materiais de consumo, insumos de produção e produtos (exceto nafta), por DI, para a data do vencimento do regime normal de apuração, isto é, dia 09 do mês subsequente ao da

ocorrência dos fatos geradores;

- b) considerar o crédito do ICMS, quando devido, através da Nota Fiscal de Entrada correspondente à importação realizada
- 3) Deferido o Pedido de Regime Especial, mediante Parecer GECOT nº 1329/2002 para recolhimento do ICMS incidente nas importações de bens do ativo, bens de uso, materiais de consumo, insumos de produção e produtos (exceto nafta), para o dia 09 do mês subsequente ao da ocorrência dos fatos geradores (fls. 595/597).
- 4) para a segunda solicitação, a legislação tributária, no § 9º do art. 93 do RICMS/97, já estabelece a forma do contribuinte utilizar a título de “outros créditos” o valor do imposto pago.
- 5) Também, analisando os documentos fiscais de entradas emitidos pelo recorrente em confronto com os Comprovantes de Importação, constataram o seguinte:
 - a) a efetiva entrada da mercadoria se deu antecipadamente, com base em disposição legal;
 - b) o ICMS devido na importação foi recolhido no 9º dia do mês subsequente, com base em Regime Especial, mediante Parecer GECOT nº 1329/2002;
 - c) o Desembaraço Aduaneiro ocorreu em diversas etapas, como se verifica das Notas Fiscais de Entradas e Comprovante de Importação, demonstrado à fl.

Assim, o lançamento no livro Registro de Apuração a título de “outros créditos”, em conformidade com a legislação estadual só poderia ser escriturado no período de apuração em que tiver ocorrido o seu recolhimento, no caso, nos meses de setembro e dezembro de 2003, mesmo que a entrada efetiva da mercadoria ocorresse posteriormente.

Apesar do recorrente ter efetuado o lançamento antecipadamente, não vislumbraram que para tal irregularidade deva ser exigido o recolhimento do imposto, decorrente da glosa dos créditos fiscais legítimos, utilizados antecipadamente, como entenderam as autuantes, ao exigir o tributo como sendo recolhimento a menos do imposto. Entretanto, a lei infraconstitucional deste Estado estabelece a aplicação de multa (art. 42, VI, da Lei nº 7.014/96), em razão de utilização de crédito fiscal antecipado, fato evidenciado nos autos.

Assim, concluíram pela aplicação de multa de 40% sobre os valores dos créditos utilizados antecipadamente, nos valores de R\$2.627.300,00 e R\$1.380.988,11, em relação aos meses de agosto e novembro de 2003, respectivamente.

Mantida parcialmente a infração.

No tocante a infração 16, apesar do recorrente ter reconhecido o descumprimento da obrigação de não escrituração do livro CIAP, as autuantes, equivocadamente, entenderam que em se tratando da fiscalização dos exercícios de 2002 e 2003, que a multa era devida por exercício, quando o correto é a aplicação da multa, no valor de R\$ 460,00, pelo descumprimento da obrigação, independente da quantidade de livros ou de exercício fiscalizado, conforme dispõe o art. 42, XV, “d”, da Lei nº 7.014/96, ficando desta maneira, reduzida a referida multa.

Concluíram pela Procedência em Parte do Auto de Infração.

Foi interposto Recurso de Ofício, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item “1” do RPAF/99.

O contribuinte interpôs Recurso Voluntário alegando em suas razões:

Primeiramente que a rejeição ao pedido de prorrogação do prazo para a juntada das notas fiscais, formulado na preliminar da defesa, merece reforma, pois configura cerceamento ao direito de defesa.

Alega que os produtos objeto das infrações 1 e 10 são produtos químicos indispensáveis ao processo produtivo e não podem ser considerados como destinados ao uso e consumo do estabelecimento. Pugna que o creditamento referente à aquisição desses produtos está em conformidade com o princípio da não-cumulatividade e que, por isso, não pode ser negado pelo fisco. Apresenta votos de conselheiros do CONSEF, bem como de membros das Juntas de Julgamento, corroborando com a tese esposada.

Quanto à infração 4, pelo mesmo argumento das infrações 1 e 10, aduz que faz jus ao crédito fiscal relativo ao frete no transporte dos funcionários porque este gasto corresponde a insumo na produção do produto final. Portanto, se este insumo faz parte do preço final do produto, correspondente à base de cálculo do ICMS, há de ser reconhecido o direito ao creditamento do mesmo em respeito ao princípio da não-cumulatividade. Apresenta mais votos de conselheiros do CONSEF, bem como de membros das Juntas de Julgamento, corroborando com a tese esposada. Chama atenção ao art. 93, § 1º do RICMS, que prevê crédito fiscal relativo aos serviços tomados.

Com relação às infrações 7 e 9, argúi que a diferença não reconhecida corresponde a procedimento que está em consonância com liminar deferida no Estado do remetente da mercadoria, e ataca a Decisão recorrida no ponto que esta aduz que o Recorrente não comprovou que os efeitos da medida liminar alcançam o imposto devido ao Estado da Bahia. Alega que apresentou toda a documentação possível e requer diligências para a comprovação do alegado.

Aduz que não há fundamento legal e fático para a exigência da infração 21, pois não se utilizou de créditos antecipadamente. Alega que as importações estão excepcionadas por regra especial que prevê o momento de ocorrência do fato gerador antes do desembarque aduaneiro, bem como o pagamento diferido do imposto devido. Portanto, sustenta que não se utilizou antecipadamente de créditos porque defende que deve se creditar no mês de ocorrência do fato gerador e não do recolhimento do imposto, por se tratar de regra especial. Aduz que entendimento contrário iria acarretar prejuízos ao contribuinte e esvaziar o sentido da regra especial.

Requer a Improcedência do Auto de Infração.

Em Parecer da ilustre representante da PGE/PROFIS, foi emitida opinião pela realização de diligência em relação às infrações 1 e 10 e pela desnecessidade em relação à infração 4.

Esta 1ª CJF determinou o envio dos autos a COPEC que exarou Parecer esclarecendo cada item da autuação e enquadrando-os em ativo imobilizado, catalisador, produto intermediário, matéria prima, ou material de uso e consumo. Ainda assim, restaram sete itens sem classificação porque não foram informadas suas respectivas aplicações. A seguir a classificação do Auditor da COPEC:

I- Ativo imobilizado: 1,2 e 3. Pois são equipamentos industriais.

II- Catalisadores: 4 e 5. Pois têm a função de acelerar o processo de craqueamento nas unidades de produção.

III-Matéria prima: 6,7, 8 e 9. Pois os três primeiros são adicionados no processo de produção, e o item 9 tem a função de dar coloração diferenciada aos produtos.

IV-Produtos intermediários: 10, 11, 12 e 13. Pois participam do processo de produção mais não compõem o produto final.

V- Uso e consumo: 14, 19, 24 a 31, 33 a 35, 38, 39, 41 a 44, 50 a 52, 54 a 58, 64 a 69, 76, 84, 86 a 88. Pois são utilizados para o tratamento da água e têm a função de proteção e manutenção dos equipamentos industriais. 18, 36, 70, 73, 85, 89 a 91. Pois são importantes na proteção dos equipamentos e instrumentos. 15, 53, 59, 62 e 63. Pois são utilizados na limpeza e lavagem de tubulações e equipamentos. 16, 40, 60, 77 e 79. Pois são utilizados em laboratório, limpeza e em análises químicas. 46 a 48. Pois são peças de reposição, gaxetas visam impedir o vazamento de líquidos. 17 e 72. Pois revestem os equipamentos, têm a qualidade de serem refratários. 21, 22, 28 e 71, pois são lubrificantes. 75, usado na calibração. 78, na inertização, retirada de oxigênio para evitar explosões. 32, 80 e 81, usados no tratamento de resíduos. 83, usado como isolante. 49, usado na vedação. 37, aquecimento. 10, utilidade. 74, refrigeração. 92, micronutriente.

Em Parecer conclusivo, a ilustre representante da PGE/PROFIS conclui que:

No que pertine à infração 4 não cabe crédito fiscal no transporte de pessoal.

Quanto às infrações 7 e 9, não há razão em realizar-se diligência, pois a prova cabe ao contribuinte e esse é capaz de buscá-la.

Quanto à infração 21, não houve argumentação suficiente para ser apreciada, pelo que deve ser mantida a mesma.

No que se refere às infrações 1 e 10, entendeu que o Parecer COPEC fls. 1102/1109 resolve a matéria, devendo ser excluídos da autuação os produtos considerados insumos e produtos intermediários.

Diante disso, concluiu pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário.

Foi emitido Parecer PROFIS/ASTEC fls. 1121/1129 recalculando o valor das infrações 1 e 10, aplicando a exclusão determinada pelo Parecer da i. Representante da Fazenda, em consonância com o Parecer COPEC fls. 1102/1109.

Intimado, o recorrente apresentou, às fls. 1135/1139, manifestação sobre a diligência/Parecer alegando que os produtos foram qualificados de maneira equivocada, apresenta a qualificação definida no MAC – Manual de Aproveitamento de Crédito, utilizado pela empresa, que define insumos como os materiais que são consumidos ou aplicados no processo industrial; matéria prima os materiais aplicados diretamente no processo de industrialização e que resultam em outro produto; e uso e consumo aqueles que não são objetos de mercancia e não se destinam à manutenção das atividades da empresa do recorrente.

Aduz que os itens 15, 16, 20, 46, 47, 48, 49, 75 e 77 são indisfarçadamente de uso e consumo - em geral são destinados à limpeza ou são peças de reposição. Entretanto os demais itens classificados pelo auditor como de uso e consumo devem ser considerados como produtos intermediários para emprego em processo de industrialização.

VOTO

Após análise dos autos verifico que o Recurso Voluntário, ataca tão somente às infrações 1, 4, 10 e 21 (na sua totalidade) e 7 e 9 (parcialmente), e tem como objeto central três questões: creditamento do imposto relativo aos materiais descritos nas infrações 1 e 10; efeito da Decisão liminar proferida em outro Estado no imposto devido ao Estado da Bahia (infrações 7 e 9); e o creditamento de imposto recolhido através da regra do pagamento diferido (infração 21).

Em relação ao Recurso Voluntário, entendo que, no tocante às infrações 1 e 10, a diligência da COPEC pôs fim à discussão. Nada obstante o recorrente alegar que a classificação elaborada na mesma esteja equivocada, este CONSEF não pode desconsiderar o Parecer de profissional especializado em virtude de classificação particular de contribuinte.

Reconheço que o princípio da não-cumulatividade é garantido constitucionalmente, todavia, por conta do disposto no art. 167 do RPAF, é vedado a este órgão administrativo decidir sobre a constitucionalidade da legislação estadual.

Assim, diante do estabelecido no art. 93 do RICMS, mantendo parcialmente as infrações, devendo ser excluídos das mesmas os materiais referentes a ativo imobilizado, insumos, matéria-prima e produtos intermediários, aplicando a memória de cálculo de fls. 1124/1129, elaborada após a diligência.

No que pertine à infração 4, o CONSEF em Decisão proferida na Câmara Superior, através do Acórdão CS nº 0222/00, já se manifestou no sentido de que não cabe crédito fiscal no transporte de pessoal.

Quanto às infrações 7 e 9, entendo que os argumentos do recorrente não podem ser acatados porque este não demonstrou que a Decisão liminar estendia-se ao imposto devido a este Estado. Nego o pedido de diligência por entender, em consonância com Parecer da ilustre representante da Fazenda, que a prova poderia ser produzida pelo recorrente, que, no entanto, não comprovou nos autos que esta liminar tinha efeitos no Estado da Bahia. A prova colacionada não demonstrou o teor da *decisum*, haja vista que não encontrei nos autos a cópia da referida Decisão.

No que diz respeito à infração 21, entendo que não assiste razão ao recorrente porque a utilização do crédito é consequência natural da ocorrência do fato gerador. Este é pressuposto daquele, portanto, nada obstante o momento do despacho aduaneiro tenha sido antecipado, o contribuinte só poderá creditar-se do valor do imposto devido quando realmente realizar o fato gerador.

Mantenho a Decisão do órgão *a quo* que desclassificou a infração constante no Auto de Infração e aplicou multa pela utilização antecipada de crédito fiscal.

Nesse contexto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, reformando parcialmente as infrações 1 e 10 e mantendo integralmente a Decisão de primeira instância referente às infrações 4, 7, 9 e 21.

Em relação ao Recurso de Ofício, entendo que a parte da Decisão de Primeira Instância objeto do mesmo não merece qualquer reparo haja vista consubstanciada nas provas dos autos.

Assim, voto pelo NÃO PROVIMENTO do 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 299904.0002/05-2, lavrado contra PETRÓLEO BRASILEIRO S/A-PETROBRÁS (REFINARIA LANDUPHO ALVES), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$3.038.961,78, acrescido das multas de 50% sobre R\$3.257,40 e 60% sobre R\$3.035.704,38, previstas no art. 42, I, “a”, II, “e” e “f”, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas no valor total de R\$4.312.524,47, previstas no art. 42, VI, XIII-A, “f”, IX, XI e XV, “d”, da mesma lei, e dos acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de novembro de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

MARCOS ROGÉRIO LYRIO PIMENTA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS