

A.I. N.º - 298937.0003/05-5
AUTUADO - PETRÓLEO BRASILEIRO S/A PETROBRÁS
AUTUANTES - JOSÉ ELMANO TAVARES LINS, JOSÉ ANTÔNIO SOARES SEIXAS e TANIA MARIA SANTOS DOS REIS
ORIGEM - IFEP/NORTE
INTERNET - 20/02/06

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N.º. 0039-05/06

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. Rejeitado o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/09/05, exige 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 subseqüentes 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 subseqüentes 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) utilizados em 2004, 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 subseqüentes 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.

O autuado, através de seu advogado, apresenta impugnação às fls. 272 a 293, fazendo as seguintes alegações:

Infração 01: Código 01.02.50 e infração 02: Código 01.02.50.

O autuado alega que ao se examinar a questão do creditamento fiscal no ICMS, não se deve perder de vista que ele decorre de comando constitucional, especificamente do princípio da não-cumulatividade e que a Constituição não faz nenhuma restrição à sua utilização, não podendo fazê-lo a lei complementar ou ordinária. Argúi que o creditamento é um dever do contribuinte, pois o não aproveitamento do crédito do ICMS resultar-lhe-á um ônus indesejável. Acrescenta, também, 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 03: Código 01.02.31.

O impugnante alega não assistir ao fisco razão para a presente autuação. Diz tratar-se de questão já discutida em diversas outras autuações promovidas contra o autuado, sobre creditamento fiscal. Alega que o serviço de transporte de pessoal, tomado, possui vínculo com a atividade da empresa, qual seja, a extração de petróleo e gás, e o crédito de ICMS decorre do faturamento dos contratos de prestação de serviços de transporte de pessoal de unidade operacional e administrativa, e que não se confunde com os 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, deste modo entende que teria direito ao crédito do referido serviço, citando 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 Sr. José Bezerra Lima Irmão no julgamento do A.I. nº 299904.0001/02-1, visando amparar seu entendimento.

Infração 04: Código 01.05.03.

Acata o valor de R\$799.444,89 e contesta 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.

Infração 05: Código 01.05.03.

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.

Em outubro 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.

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 1652.

Infração 06: Código 01.05.03

Reconhece os valores autuados relativos aos meses de abril, junho, julho, agosto e novembro/2004 e contesta os valores relativos aos meses de maio, setembro, outubro e dezembro/2004. Com relação aos valores autuados em maio, setembro e dezembro argúi que os créditos de 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. 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.

Ao final, solicita a realização de perícia técnica ou diligência por auditores estranhos ao feito, e o julgamento pela insubsistência das infrações impugnadas.

Os autuantes, em informação fiscal (fls. 370 a 377), se manifestaram da seguinte forma:

Infração 01: Código 01.02.50.

A autuada, nas transferências interestaduais de bens de uso ou consumo, destaca o ICMS nas notas fiscais de transferências. Na escrita fiscal, lança o valor do débito relativo a essas notas fiscais e, em seguida, estorna no LRAICMS o total desse valor, em desacordo com o que preceitua o RICMS/BA, como segue:

Art. 624 – [...]

Parágrafo único. Não se aplica a suspensão de que cuida este artigo quando os bens ou materiais forem remetidos em caráter definitivo, hipótese em que será observado o seguinte:

I - na saída do estabelecimento remetente:

a) tratando-se de bem do ativo permanente:

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; (grifo nosso).

[...]

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.

O contribuinte não identificou as notas fiscais de aquisição a que se refere o valor estornado. A falta dessa identificação impede à fiscalização de verificar se na entrada do material houve ou não crédito do ICMS, pois há materiais que podem ser considerados como ativo imobilizado ou como material de uso ou consumo, a depender de sua destinação. Como exemplo, partes e peças

adquiridas para compor um equipamento novo e essas mesmas peças adquiridas para substituir outras desgastadas. A primeira gera o direito ao crédito por se classificar como Ativo Imobilizado, a segunda, peça de reposição, que é uma despesa, não gera direito ao crédito. Somente através da verificação da nota fiscal de aquisição e o seu registro é que a fiscalização pode distinguir um caso do outro.

A falta de identificação das notas fiscais de aquisição relativas às transferências de bens classificados como ativo imobilizado também impede à fiscalização de identificar a data de aquisição desses bens e poder calcular o valor do crédito a ser estornado, que pode ser maior que o valor destacado na nota fiscal de transferência.

Portanto, como pôde ser visto, não se deixou de observar o princípio da não-cumulatividade. Apenas o contribuinte adotou um critério particular para se creditar do ICMS sem permitir à fiscalização o acesso a esse critério. Diante do exposto, mantemos integralmente essa autuação.

Infração 02: Código 01.02.50 (crédito presumido)

Do procedimento da autuada.

Vejamos como procedeu a autuada quando das transferências interestaduais de materiais de consumo:

Nas operações com materiais de consumo, no momento da entrada, não se credita do ICMS destacado na NF de aquisição nem do diferencial de alíquota lançado no RAICMS. Contudo, quando da saída por transferência, ela 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 valor fictício de 5%, já que não há previsão legal para a empresa se creditar de tal valor. A autuada não identificou 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.

Do procedimento previsto no RICMS/BA.

Observe que o RICMS, no seu Art. 624, estabelece o seguinte procedimento para tal tipo de operação, totalmente divergente do procedimento adotado pela empresa:

Art. 624 – [...]

Parágrafo único. Não se aplica a suspensão de que cuida este artigo quando os bens ou materiais forem remetidos em caráter definitivo, hipótese em que será observado o seguinte:

I - na saída do estabelecimento remetente:

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.

Concluimos que 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, a autuada 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. Ou seja, 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 pela autuada. Esse procedimento da autuada resulta no surgimento de um crédito indevido sempre que a mesma faz transferência de material de consumo. Portanto, não procedem os argumentos da autuada. Mantemos integralmente essa autuação.

Infração 03: Código 01.02.31 (transporte de pessoal)

Inicialmente, no que pese o esforço da autuada em enquadrar a infração no Art. 97, Inciso IV, alínea “c”, do RICMS/BA, que trata de serviços de uma maneira geral, não logra êxito porque no mesmo Art. 97, existe o Inciso II, alínea “c” que trata especificamente do serviço de transporte interestadual ou intermunicipal que é o caso em tela.

O RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 6.284/97, no artigo 97, II, “c”, veda a utilização do crédito fiscal de ICMS, como segue:

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.

O serviço de transporte das matérias-primas, dos produtos intermediários, dos catalisadores e dos materiais de embalagem, empregados diretamente no processo produtivo, não se dissocia dos mesmos, assim sendo, o crédito do valor do imposto anteriormente cobrado relativo aos serviços de transporte interestadual e intermunicipal prestados por terceiros e destinados a emprego no processo produtivo é assegurado pelo RICMS/BA.

Conseqüentemente, 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 a elas relacionadas, o que não é o caso do ICMS sobre o transporte de pessoal.

Apesar da suma importância dos empregados do setor produtivo, o valor do imposto referente ao serviço de transporte dos mesmos não gera direito ao crédito, considerando que a norma regulamentar só alcança as mercadorias que se integram ou são consumidas durante o processo produtivo. O transporte de empregados do setor produtivo, mão-de-obra direta, é hipótese não prevista na legislação estadual do ICMS. Diante do exposto mantemos integralmente a ação fiscal.

Infração 04: Código 01.05.03.

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	

Os 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, ficando 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 sendo, acatamos os argumentos da autuada 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. Portanto persiste uma diferença de R\$4.106,69, paga a menor pelo autuado.

Infração 05: Código 01.05.03.

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 fazer 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. Por sua vez o contribuinte apresenta um fator de 26,21% sem dizer como chegou ao mesmo. Portanto, 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 a autuada. Com relação ao argumento de alteração do fator pela inclusão do CFOP 1658 e a retirada do CFOP 5652 não tem fundamento porque 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 própria autuada. Diante do exposto mantemos integralmente essa autuação do mês de novembro/2004, no valor de R\$8.425,48, considerando que o contribuinte acatou o valor de R\$2.627,17 resta a pagar o valor de R\$5.798,31.

Infração 06: Código 01.05.03.

O contribuinte contesta os valores relativos aos meses de maio, setembro, outubro e dezembro. Com relação aos valores autuados em maio, setembro e dezembro a diferença 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 àqueles 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.

Com relação ao mês de outubro acatamos a inclusão do CFOP 5655 e refazendo os cálculos constatamos 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 x 100 = 29,41

Portanto, permanece o valor autuado de R\$22.027.21, tendo em vista que o contribuinte não comprovou como chegou ao fator de 26,21%.

Em decorrência do exposto, mantemos integralmente a ação fiscal relativas às infrações 01, 02 e 03.

Com relação a infração 04 concordamos em parte com a autuada mas persiste um débito de R\$4.106,69, mês de competência dezembro/2004.

Com relação à infração 5 mantemos a autuação relativa ao mês de outubro, no valor de R\$90.977,18 e com relação a 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 a infração 06, abatidos os valores reconhecidos e pagos pela autuada persiste ainda os seguinte 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 lhe fornecida cópia da informação fiscal prestada, porém não houve manifestação do sujeito passivo.

Às fls. nº. 381 e 382 dos autos, foram juntados comprovante de pagamento e relação de DAE extraídos dos sistemas SIDAT e INC.

VOTO

Inicialmente rejeito o pedido de diligência ou perícia, uma vez que considero os elementos constantes nos autos suficientes para a formação de minha convicção, e ainda com base no que estabelece o artigo 147, inciso I, “a”, e II, “a”, do RPAF/99.

No mérito, as infrações 1 e 2 dizem respeito a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, relativo à transferência interestadual de bens de uso e consumo.

O autuado limitou-se em sua defesa a questionar a constitucionalidade da legislação estadual, entendendo ter direito ao crédito fiscal em questão, no entanto, pelo que determina o art. 167, I, do mesmo diploma legal acima citado, não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade.

No que diz respeito à primeira infração, ficou constatado que o autuado, nas transferências interestaduais de bens de uso ou consumo, destaca o ICMS nas notas fiscais de transferências, e na escrita fiscal, lança o valor do débito relativo a essas notas fiscais, estornando em seguida, no LRAICMS o total desse valor, contrariando ao que determina o art. 624, do RICMS/97.

Em relação à segunda infração, os autuantes demonstraram nos autos que nas operações com materiais de consumo, no momento da entrada, o autuado não se credita do ICMS destacado na NF de aquisição nem do diferencial de alíquota lançado no RAICMS. Contudo, quando da saída por transferência, ele 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 esse percentual de 5%, quando não há previsão legal para a empresa se creditar de tal valor. Vale ressaltar 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.

A infração 3, trata da utilização indevida de 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, ou seja, relativa aos serviços de transportes intermunicipais de pessoal.

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.

No entanto, razão não assiste ao autuado, pois como bem frisaram os autuantes, apesar da importância dos empregados do setor produtivo para a empresa, o valor do imposto referente ao serviço de transporte dos mesmos não gera direito ao crédito, considerando que a norma regulamentar só alcança as mercadorias que se integram ou são consumidas durante o processo produtivo. O transporte de empregados do setor produtivo, mão-de-obra direta, é hipótese não prevista na legislação estadual do ICMS, para aproveitamento do crédito fiscal, de acordo com as determinações do art. 97, II, “c”, do RICMS/97, que trata especificamente do serviço de transporte interestadual ou intermunicipal, sendo vedado o creditamento relativo ao serviço que não esteja vinculado a processos de industrialização, produção agropecuária, geração ou extração, dos quais resultem operações de saídas tributadas.

As infrações 4, 5 e 6, dizem respeito a falta de 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. Referem-se aos créditos de ICMS do ativo imobilizado (infrações 4 e 5) e relativos a aquisições para industrialização (infração 6).

No que concerne à infração 4, o autuado acatou o valor exigido no montante de R\$799.444,89, contestando o restante. Entende 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.

Os autuantes, por ocasião da informação fiscal, 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.

Com base no acima exposto, concordo com a redução efetuada pelos autuantes, na infração em análise, para o montante de R\$803.550,28, 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.

Em relação à infração 5, o contribuinte 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 1652.

No entanto, entendo que o procedimento fiscal está correto, 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. Por outro lado, o autuado não demonstrou como chegou 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.

Vale ressaltar, quanto ao mês de novembro, que ao contrário do que entende o autuado, 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. Com relação ao argumento de alteração do fator pela inclusão do CFOP 1658 e a retirada do CFOP 5652, não tem fundamento porque o CFOP 1658 não influi no cálculo do fator e o CFOP 5652 foi considerado pelos autuantes, conforme planilha à fl. 22. Infração também mantida para o mês em questão.

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

Com relação aos valores autuados em maio, setembro e dezembro, argüiu que os créditos de 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. Com relação ao mês de outubro contestou o fator de estorno de 29,41% utilizado pelos autuantes, reclamando da exclusão do CFOP 5655 e a inclusão do CFOP 3101.

Todavia, da análise dos elementos constitutivos do PAF, entendo que mais uma vez não assiste 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. Dessa maneira os valores destes créditos devem fazer parte da base para o cálculo do estorno.

Vale frisar que os autuantes demonstraram em sua informação fiscal, que mesmo com a inclusão do CFOP 5655 no mês de outubro, e refazendo os cálculos, constatou-se que o fator permanece o mesmo, sendo que, mais uma vez o autuado não comprovou como chegou ao fator de 26,21%, por ele suscitado.

Por fim, deve-se ainda, registrar 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.

De tudo exposto, voto 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 homologado os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298937.0003/05-5**, lavrado contra **PETRÓLEO BRASILEIRO S/A PETROBRÁS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.681.148,35**, acrescido da multa de 60%, previstas no art. 42, VII, “a” e “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de fevereiro de 2006.

MÔNICA MARIA ROTERS - PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - RELATOR

CLÁUDIO MEIRELLES MATTOS - JULGADOR