

A. I. N° - 299904.0001/08-0
AUTUADO - PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRÁS
AUTUANTES - JUDSON CARLOS SANTOS NERI e TÂNIA MARIA SANTOS DOS REIS
ORIGEM - SAT / COPEC
INTERNET - 03.06.09

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0153-04/09

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** LANÇAMENTO EM DUPLICIDADE DE CONHECIMENTOS RODOVIÁRIOS DE TRANSPORTE DE CARGA. Ilícito reconhecido pelo sujeito passivo. Infração mantida. **b)** SERVIÇO DE TRANSPORTE DE PESSOAL VINCULADO AO PROCESSO INDUSTRIAL. Os serviços de transporte de pessoal são custo em um processo de industrialização, mas nem por isso tudo o que é assim considerado gera direito a crédito fiscal. Não há que se falar em direito a crédito em tal situação, em conformidade com o entendimento já assentado neste Conselho. Infração caracterizada. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. **a)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. FALTA DE PAGAMENTO. Quanto à infração 03, os autuantes admitiram o cometimento de equívocos nos cálculos iniciais do imposto devido e elaboraram novos demonstrativos. Infração parcialmente elidida. As transferências interestaduais de bens destinados ao imobilizado entre estabelecimentos do mesmo contribuinte estão sujeitas à tributação. Infração 05 caracterizada. Infração 10 mantida, obrigação tributária reconhecida e paga pelo autuado. **b)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DESTINADOS AO USO E CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. As transferências interestaduais de materiais destinados ao uso e consumo entre estabelecimentos do mesmo contribuinte estão sujeitas à tributação. Infração 04 caracterizada. Quanto à infração 06, os autuantes admitiram o cometimento de equívocos nos cálculos iniciais do imposto devido e elaboraram novos demonstrativos. Infração parcialmente elidida. Infrações 09 e 11 mantidas, obrigação tributária reconhecida e paga pelo autuado. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. **a)** FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. **b)** FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigações acessórias. Multas de 10% e 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infrações não impugnadas. Indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2008, refere-se à exigência de R\$ 4.942.525,15 de ICMS, acrescido de multas, alem de multas por descumprimento de obrigação acessórias no valor total de R\$ 1.237.521,14, tendo em vista terem sido constatadas as seguintes irregularidades:

- 1- utilização indevida de crédito fiscal referente a lançamento em duplicidade de CTRC (conhecimento de transporte rodoviário de cargas). Valor de R\$ 31.240,00. Multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96;
- 2- utilização indevida de crédito fiscal relativo 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 a aquisições de serviços de transporte de pessoal. Valor de R\$ 2.993.002,75. Multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96;
- 3- falta de recolhimento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Valor de R\$ 265.550,73. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96;
- 4- falta de recolhimento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao consumo do estabelecimento. Valor de R\$ 402.546,93. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96;
- 5- falta de recolhimento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Valor de R\$ 436.423,69. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96;
- 6- falta de recolhimento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao consumo do estabelecimento. Valor de R\$ 304.382,05. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96;
- 7- entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita à tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa de 10% (R\$ 1.235.427,85), prevista no art. 42, IX da Lei nº 7.014/96;
- 8- entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal. Multa de 1% (R\$ 2.093,29), prevista no art. 42, XI da Lei nº 7.014/96.
- 9- falta de recolhimento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao consumo do estabelecimento. Valor de R\$ 207.529,38. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96;
- 10- falta de recolhimento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Valor de R\$ 286.976,86. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96;
- 11- falta de recolhimento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao consumo do estabelecimento. Valor de R\$ 14.872,76. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96;

Através de advogado regularmente constituído (instrumentos de mandato às fls. 2.341 a 2.343), o contribuinte apresenta peça de impugnação às fls. 2.293 a 2.310. Inicialmente, aponta a tempestividade da defesa e faz uma síntese ao Auto de Infração. Diz que após criteriosa análise dos ilícitos registrados no procedimento fiscal, reconhece a procedência em parte do Auto de

Infração na seguinte forma: a) reconhece e recolhe o valor integral referente às infrações 01, 07, 08, 09, 10 e 11; b) reconhece parcialmente a procedência das infrações 02, 03, 04, 05 e 06, recolhendo parcela dos valores relativos às mesmas. À fl. 2.226, apresenta “panorama quanto ao reconhecimento das infrações, relacionando os valores históricos reconhecidos e não reconhecidos, sendo esses últimos recolhidos, com a devida correção e multas à Fazenda Estadual”.

Quanto à infração 02, informa que do montante cobrado de R\$ 2.993.002,75, reconheceu e recolheu a quantia de R\$ 1.988.953,74, sendo que impugna R\$ 1.004.049,01. Alega que os arts. 97, II, “c” (que transcreve à fl. 2.298) e 124 do RICMS/BA somente vedam ao contribuinte o direito de crédito quando este é proveniente da contratação de serviços de transporte interestadual ou intermunicipal não vinculados ao processo produtivo do qual resultem operações de saídas tributadas. Neste mesmo sentido, cita e transcreve o art. 93, § 1º do RICMS/97. Pela leitura da citada legislação, entende que há direito a crédito na aquisição de serviços de transporte interestadual ou intermunicipal, desde que vinculados à atividade produtiva. Afirma que não corresponde à realidade a assertiva de que os serviços de transporte não eram vinculados ao processo de industrialização, posto que resultantes de contratos ligados às atividades das bases operacionais (fls. 2.346 a 2.451) e notas fiscais listadas às fls. 2.453 a 2.476, entregues durante a fiscalização. Citando doutrina, decisão deste Conselho e o princípio da não cumulatividade (art. 155, § 2º, I da Constituição Federal de 1988), argumenta que não subsiste a infração no que se refere a contratos de transporte de pessoal vinculados à atividade do estabelecimento.

No tocante à infração 03, diz que do total exigido de R\$ 265.550,73, reconheceu a procedência e recolheu o valor histórico de R\$ 250.043,94, de modo que passa a impugnar a quantia de R\$ 15.506,79. Alega que a infração é nula no tocante à parte não reconhecida em função de:

- a- efetivo recolhimento de DIFAL de ICMS, no valor de R\$ 309,28, relativo à nota fiscal nº 10.033, relacionada à fl. 2.478, cujos comprovantes de pagamento estão às fls. 2.479 a 2.501. Em função da grande quantidade de notas fiscais, solicita diligência para comprovar que o citado valor de diferencial de alíquota foi apurado e regularmente recolhido no mês de competência, junto às demais quantias do imposto, já que o DIFAL inclui-se no valor total do recolhimento do ICMS;
- b- operações de entrada beneficiadas com diferimento de ICMS, previsto no Programa Desenvolve, conforme certificado de habilitação número 00432.000-1 (fls. 2.502 a 2.505), o que permitiria o pagamento do imposto quando da desincorporação do bem;
- c- licenciamento de softwares, conforme documentos (contrato e notas fiscais) de fls. 2.506 a 2.520, fato que não constitui fornecimento de mercadoria, mas cessão de direito de uso, não sendo alcançado pela tributação do ICMS. Informa tratar-se de softwares de alta sofisticação, para uso em empresas do seu porte e complexidade.

Relativamente à infração 04, pondera que do valor exigido de R\$ 402.546,93, reconheceu e recolheu o montante de R\$ 165.171,37, de maneira que impugna R\$ 237.345,56. Alega que todas as operações relacionadas com a infração constituem meras transferências entre seus estabelecimentos, o que é comprovado pelas notas fiscais listadas às fls. 2.521 a 2.527, emitidas por estabelecimentos da impugnante localizados em outras unidades da Federação. Afirma que tais notas já foram entregues ao Fisco no transcurso dos procedimentos de auditoria. Citando jurisprudência do STJ (fl. 2.307), reitera que não houve aquisição ou transferência de propriedade, mas mera transferência entre estabelecimentos, o que foge da regra matriz do fato gerador ICMS definida na Constituição e no RICMS/BA, já que não ocorreu circulação.

No que tange à infração 05, do valor lançado de R\$ 436.423,69, aduz ter reconhecido e recolhido a quantia de R\$ 271.826,66, sendo que impugna R\$ 164.597,79. De forma idêntica à infração anterior, argumenta que todas as operações relacionadas a esta infração constituem meras transferências entre seus estabelecimentos, o que é comprovado pelas notas fiscais listadas às fls. 2.528 a 2.532, emitidas por estabelecimentos da impugnante localizados em outras unidades da Federação.

Informa que do valor cobrado na infração 06 de R\$ 304.382,05, reconheceu e recolheu R\$ 303.135,80, passando a impugnar a diferença de R\$ 1.246,25. Do mesmo modo que argumentou no item “a” da infração 03, alega que ocorreu o efetivo recolhimento da DIFAL ora exigida (fls. 2.533 a 2.679). Requer diligência fiscal pelos mesmos motivos expendidos no citado item da infração 03.

Finaliza requerendo o deferimento dos pedidos de diligência e que seja julgada improcedente a parte impugnada do Auto de Infração.

Os autuantes apresentam informação fiscal às fls. 2.684 a 2.687. Após discorrerem sobre a autuação fiscal e sobre a defesa, passam a registrar seus argumentos. Inicialmente, dizem que deixaram de analisar as ponderações do sujeito passivo relativas à interpretação da Constituição Federal e se restringiram à apreciação técnica tributária da matéria em lide. Mantém os termos da autuação 02, principalmente por já haver entendimento consolidado neste Conselho de que a exigência é devida, a exemplo dos acórdãos CS 0222/00, CJF 0435-11/06, 0079-11/05 e 0071-12/05. Acatam as razões de defesa relativas à infração 03, tendo em vista a inclusão indevida, por equívocos diversos, de diversas notas fiscais nos cálculos iniciais. Assim, elaboram novos demonstrativos às fls. 2.688, 2.689 e 2702 a 2705, sendo que “com o pagamento já realizado o débito se extingue”. Não acatam as alegações de defesa referentes às infrações 04 e 05, com fundamento nos arts. 2º, I e 5º, I do RICMS/BA (fl. 2.686). Informam, no tocante à infração 06, que verificaram as argumentações e cópias dos relatórios apresentados pelo contribuinte, tendo observado que, por equívocos diversos, as notas fiscais de nºs 1.920, 35.864, 14.232 e 1.950 foram indevidamente incluídas no demonstrativo. Assim, refazem o mesmo às fls. 2.690 a 2.695 e, “com o pagamento já efetuado, resta um saldo de R\$ 59,10 que, conforme informações do contribuinte, refere-se à nota fiscal 2.092 de 11/07/2006, porém não localizado o lançamento na planilha do mês de julho/2006 às páginas 2.616 a 2.640 do PAF. Desse modo “estamos refazendo” o demonstrativo de débito com os valores excluídos, restando um saldo de R\$ 59,10 desta infração”.

O sujeito passivo apresenta manifestação sobre a informação fiscal às fls. 2.708 a 2.715. Com fundamento no art. 93, § 1º, I, “a” do RICMS/BA, que transcreve à fl. 2.709, reitera que a proibição de creditar só alcança operações que não guardem relação com o processo produtivo, sendo que as cópias de contratos e notas fiscais juntados com a impugnação demonstram o seu direito.

No tocante à infração 03, diz que os autuantes, ao acatarem as razões da defesa, reconheceram a nulidade suscitada.

Relativamente às infrações 04 e 05, alega que os arts. 2º, I e 5º, I do RICMS/BA, tomados por fundamento pelos prepostos do Fisco para manter a exigência, apenas estabelecem elemento temporal do fato gerador do tributo. Assim, não ocorrendo o fato gerador, tais artigos não se aplicam. Transcreve a Súmula nº 166 do STJ, para dar fundamento à argumentação de que a simples transferência entre estabelecimentos não constitui fato gerador do ICMS. Assevera que tais afirmações são aplicáveis apenas à parte impugnada das infrações, e não a estas como um todo.

No que se refere à infração 06, pondera que não há valor residual a pagar de R\$ 59,10, como afirmam os autuantes, pois tal valor já foi recolhido, conforme cópia do Registro de Apuração do ICMS, Relatório Auxiliar de DIFAL e cópia do livro Registro de Entradas de Mercadorias de fl. 66. Reitera o pedido de que seja julgada improcedente a parte impugnada do Auto de Infração.

Juntados, pela Coordenação de Administração do CONSEF, RELATÓRIO DE DÉBITO DO PAF às fls. 2.718 a 2.723 e DETALHES DO PAF à fl. 2.724.

VOTO

Ficam preliminarmente rejeitadas as nulidades argüidas pelo sujeito passivo, uma vez que foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório. O PAF está revestido de todas as formalidades necessárias, não havendo violação ou mesmo mitigação dos princípios que regem o Direito Administrativo ou o Direito Tributário, em particular os inerentes ao processo administrativo fiscal. Não têm amparo fático ou jurídico os

argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal. Os autuantes expuseram com clareza a fundamentação de fato e de direito (indicando os dispositivos infringidos), na medida em que descrevem a infração, fundamentando com a indicação dos demonstrativos e documentos acostados ao PAF, bem como de seus dados e cálculos, assim como indicam o supedâneo jurídico.

O contribuinte alegou que os autuantes, ao efetuarem a revisão fiscal e concordarem com as razões de defesa referentes à infração 03, reconheceram a nulidade suscitada, o que não é verdade, uma vez que tal fato traduz apenas a elisão em parte da cobrança, conforme será adiante analisado.

No tocante ao pedido de nova diligência e/ou revisão fiscal, não há razões para seu acolhimento, pois os autos encontram-se devidamente instruídos e não vislumbra equívocos ou elementos de dúvidas deixados pelos autuantes que ensejam a necessidade de qualquer esclarecimento técnico.

No mérito, o autuado reconhece e recolhe o valor integral referente às infrações 01, 07, 08, 09, 10 e 11, conforme RELATÓRIO DE DÉBITO DO PAF às fls. 2.718 a 2.723. Portanto, não existindo lide relativa a tais ilícitos, os mesmos não serão objeto deste julgamento.

No que se refere à infração 02, o sujeito passivo toma por base os arts. 93, § 1º, I, “a” c/c 97, II, “c” e 124 do RICMS/BA para alegar que a proibição de creditar só alcança operações que não guardem relação com o processo produtivo, sendo que as cópias de contratos e notas fiscais juntados com a impugnação demonstram que os valores impugnados dizem respeito a prestações de serviços relacionados com a sua atividade industrial. Os autuantes não concordam, com fundamento em entendimento assentado neste Conselho Estadual de Fazenda, exemplificado com as decisões contidas nos acórdãos CS 0222/00, CJF 0435-11/06, 0079-11/05 e 0071-12/05. A presente situação, ao contrário do que alega o contribuinte, não se subsume nos arts. 93 e 97, II, “c” do RICMS/BA, muito menos no art. 124, que trata de prazos para recolhimento da exação. Embora seja pertinente entender que os serviços de transporte de pessoal sejam custos em um processo de industrialização, deve-se registrar que nem por isso tudo o que é assim considerado gera direito a crédito fiscal. A impugnante não é empresa prestadora de serviços de transporte, quando então os custos utilizados na execução dos mesmos geram efetivamente direito a crédito. Portanto, não há que se falar em direito a crédito em tal situação, em conformidade com o entendimento já assentado neste Conselho, a exemplo dos acórdãos citados pelos autuantes (CS 0222/00, CJF 0435-11/06, 0079-11/05 e 0071-12/05). Mantendo a infração impugnada, porque exarada de acordo com a legislação tributária estadual e a posição dominante do CONSEF. Infração caracterizada.

Quanto à infração 03 (falta de recolhimento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento), os autuantes informaram o cometimento de equívocos nos cálculos iniciais do imposto devido e elaboraram novos demonstrativos às fls. 2.688, 2.689 e 2702 a 2705, sendo que o valor do tributo devido nos mesmos é R\$ 250.043,95 (exercícios de 2005 e 2006). Na defesa, o autuado alegou a inclusão de operações de: diferenças de alíquotas já pagas; aquisição de ativo beneficiado pelo Programa Desenvolve e licenciamento de softwares. Os autuantes acataram as alegações. Pela análise dos elementos constantes do processo, restou comprovado que parte do imposto exigido a título de diferenças de alíquotas já havia sido paga, conforme documento de fl. 2.488. Com relação às operações contempladas no Desenvolve, o autuado juntou documento de fl. 2.503, que comprova sua habilitação para diferimento. No tocante ao licenciamento de software, a jurisprudência pátria, inclusive do STF, já se firmou no sentido de que não é alcançado pelo ICMS. Assim, acato os demonstrativos de fls. 2.688, 2.689 e 2702 a 2705, de forma que o ICMS lançado nesta infração fica reduzido de R\$ 265.550,73 para R\$ 250.043,96. Infração elidida em parte.

O sujeito passivo impugna as infrações 04 e 05, sob o argumento de que as operações objeto das mesmas tratam de meras transferências entre seus estabelecimentos, fato que entende não configuraria incidência do imposto, consoante entendimento sumulado do STJ. Os autuantes não concordam, com fulcro nos arts. 2º e 5º do RICMS/BA que, de fato, conforme alegou o autuado na

manifestação sobre a informação fiscal, são relativos apenas ao momento da ocorrência do fato gerador do tributo. Constatou, da análise dos documentos fiscais listados às fls. 2.521 a 2.532 (fls. 423 a 1.164 do PAF), que as mencionadas operações foram de transferências interestaduais de materiais de uso e consumo e de ativo permanente entre estabelecimentos do contribuinte. A isenção do pagamento da diferença de alíquotas nas transferências de materiais de uso e consumo e de ativo permanente está preconizada no art. 3º, I do RICMS/BA. Todavia, tal isenção está condicionada a que as operações sejam internas. O ICMS é tributo de competência dos estados federados. A LC 87/96 regulamenta o imposto devido por diferença de alíquotas. Para efeito de pagamento da mesma nas operações interestaduais de materiais de uso e consumo/ativo permanente pertencente ao mesmo titular, ocorre a equiparação à circulação de mercadorias, mesmo que não haja mudança de titularidade do bem. O art. 624 do RICMS/BA estabelece suspensão nas saídas de bens integrados ao ativo permanente, desde que retorne no prazo legal, não se aplicando tal suspensão quando a saída for a título definitivo. Não há norma legal que ampare o argumento do contribuinte de que a situação foge da regra matriz do fato gerador ICMS, sendo, portanto, pertinente a cobrança. Infrações 04 e 05 caracterizadas.

Reconhecendo a inclusão indevida nos cálculos iniciais das notas fiscais de números 1.920, 35.864, 14.232 e 1.950, os autuantes refizeram os mesmos relativos à infração 06, às fls. 2.690 a 2.695, inclusive considerando a nota fiscal de número 2.092, de 11/07/2006 (fl. 2.693), cuja prova de pagamento do tributo o sujeito passivo não apresentou. Assim, o imposto cobrado no exercício de 2006 foi reduzido de R\$ 78.143,79 para R\$ 76.961,40, resultando em um decréscimo de R\$ 1.182,39 neste exercício e, consequentemente, na infração. Isto posto, acato o mencionado demonstrativo elaborado pelos autuantes às fls. 2.690 a 2.695, de modo que o ICMS relativo à infração seja reduzido em R\$ 1.182,39, ou seja, de R\$ 304.382,05 para R\$ 303.199,66. Infração parcialmente elidida.

Não há lide concernente às infrações 01, 07, 08, 09, 10 e 11 (fls. 2.718 a 2.724), tendo sido inclusive pagas, motivo pelo qual as reputo caracterizadas.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 6.163.357,13, sendo que os valores já pagos devem ser homologados.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 299904.0001/08-0, lavrado contra **PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRÁS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 4.925.835,99**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos VII, “a” e II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$ 1.237.521,14**, previstas nos incisos IX e XI do citado dispositivo legal, com os acréscimos previstos na Lei nº 9.837/05, sendo que os valores já pagos devem ser homologados.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de maio de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

PAULO DANILLO REIS LOPES – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR