

A. I. N° - 299904.0001/09-9
AUTUADO - PETRÓLEO BRASILEIRO S.A - PETROBRÁS
AUTUANTES - JUDSON CARLOS SANTOS NERI e TÂNIA MARIA SANTOS DOS REIS
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 20. 05. 2010

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0104-01/10

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIA DESTINADA A CONTRIBUINTE DIVERSO DO INDICADO NO DOCUMENTO FISCAL. Infração reconhecida. **b)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. As mercadorias elencadas no levantamento levado a efeito pelos autuantes, a exemplo de inibidor de corrosão, desengraxante, amortecedor de vibração das peneiras, têm a natureza de materiais de uso e consumo do estabelecimento, sendo vedada a utilização de crédito fiscal. Infração subsistente. **c)** BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. Restou comprovado que o contribuinte agiu de forma contrária à prevista na legislação do ICMS. Infração subsistente. **d)** LANÇAMENTO EM DUPLICIDADE. Infração reconhecida. 2. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR. FALTA DE INCLUSÃO DAS DESPESAS ADUANEIRAS E UTILIZAÇÃO INCORRETA DAS TAXAS CAMBIAIS. Autuado comprova a existência de redução da base de cálculo na operação de importação de parte de máquinas de sondagens rotativas, não considerada pelos autuantes. Os próprios autuantes acatam os argumentos defensivos e refazem os cálculos reduzindo o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. 3. FALTA DE INCLUSÃO DOS ACRÉSCIMOS MORATÓRIOS QUANDO DO PAGAMENTO INTEMPESTIVO E ESPONTÂNEO DO IMPOSTO. Infrações mantidas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 26/02/2009, exige ICMS no valor de R\$ 5.481.686,55, em decorrência das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias destinadas a contribuinte diverso do indicado nos documentos fiscais, nos meses de junho e setembro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 397.858,33, acrescido da multa de 60%. Consta se referir a aquisições de insumos do Projeto Manati, conforme relação e notas fiscais de entrada. Anexo A;
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de 2005, janeiro a dezembro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 2.961.537,96, acrescido da multa de 60%. Conforme Anexo B;
3. Utilizou crédito fiscal de ICMS relativo a entrada de bem do ativo de valor superior ao permitido pela legislação, nos meses de

dezembro de 2005, janeiro a dezembro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 1.690.673,87, acrescido da multa de 60%. Conforme Anexo C;

4. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documento fiscal em duplicidade, no mês de outubro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 42,43, acrescido da multa de 60%. Consta se referir à Nota Fiscal n.00090, de 21/07/2006, conforme cópia do livro Registro de Entradas 69, fl. 121. Anexo D;
5. Recolheu a menos o ICMS devido pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembaraço, quer pela utilização incorreta da taxa cambial, nos meses de janeiro a dezembro de 2005, janeiro a abril, julho e novembro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 425.864,68, acrescido da multa de 60%. Consta se referir às taxas aeroportuárias. Conforme Anexo E;
6. Deixou de recolher os acréscimos moratórios referentes ao ICMS pago intempestivamente, porém, espontaneamente, nos meses de abril e setembro de 2005, janeiro de 2006, sendo exigido o valor de R\$ 2.373,67. Consta se referir às operações de importação. Conforme Anexo F;
7. Deixou de recolher os acréscimos moratórios referentes ao ICMS pago intempestivamente, porém, espontaneamente, no mês de junho de 2006, sendo exigido o valor de R\$ 3.335,61. Consta se referir a estorno de créditos utilizados de insumos adquiridos para o Projeto Manati.

O autuado apresentou defesa às fls. 1591 a 1602, esclarecendo que após criteriosa análise e avaliação das infrações apontadas no Auto de Infração, reconhece integralmente as infrações 01, 04 e 07, parcialmente as infrações 03 e 05, e impugna integralmente as infrações 02 e 06.

Acrescenta que antes da impugnação do Auto de Infração, recolheu para o Estado da Bahia o montante correspondente ao reconhecimento parcial da autuação, composto pelo valor principal do ICMS acrescido dos encargos legais no total de R\$ 1.290.426,73, conforme DAE e comprovante bancário que anexa.

Reportando-se às infrações impugnadas apresenta os seguintes argumentos:

Infração 02

Alega que os produtos que tiveram os créditos glosados pelo Fisco são: Acetileno comercial para solda, Oxigênio Comercial para Solda, Nitrogênio Líquido, Marbrax –TR-68, Inibidor de corrosão, Dengrax 1000, Bissulfito de Amônio, Delta AB, Tetracid G, Tetrahib, Polimus PAC 63, Lubrax IND GRH3, DWP 140 N, Nalbreak-2835, Petrolab C-400, Ácido Clorídrico, Tiosulfato, Graxa p/Aplicação Industrial, Nalco 750, LA 3056 B, Lubrax Ind. GSM2, Sequestrante H2S, SCSD, Dehydret P 225 BNiple Duplo A 197 Galv, Gás Freon 12, Argônio Gás, Geltone II, Dearborn X 250, Novamul, Niple Reto A106B, Persulfato de Amônio, Ecomul W, Polisol 86, Óleo p/Sistema Hidráulico, Politec 170, porém, que tais produtos são insumos adicionados no processo produtivo do estabelecimento autuado, cuja utilização é contínua e permanente, impedindo a sua falta a realização do processo produtivo ou altera a sua normalidade, caracterizando-se como insumos ou produtos intermediários indispensáveis, incluídos dentre aqueles que o RICMS/BA, autoriza a apropriação de créditos.

Prosseguindo, apresenta descrição da participação de alguns produtos no processo produtivo, a título exemplificativo:

Nalco 750 –Antiespumante(inibir a formação de espuma em fluidos utilizados na completação, perfuração ou fraturamento dos poços);

Tetracid G – Bactericida(Matar colônias de bactérias existentes na água produzida com petróleo pois as mesmas geram H2S (tóxico e corrosivo);

AMORTECEDORES P/PENEIRA VIBRAT – BORRACHA P/PENEIRA
amortecedor de vibração das PENEIRAS de processamento de cascalho

Dengrax 1000 - desengraxante

Inibidor de corrosão, Petrolab C- 400; Tetrahib – inibidor de corrosão(injetado em fluidos como petróleo bruto, contendo água com agentes corrosivos como CO₂. H₂S e cloretos ou gás úmido, contendo também CO₂ e H₂S e cloretos. Inibir a corrosão interna dos equipamentos;

Bissulfito de Amônio – SEQUESTRANTE DE OXIGÊNIO- evita a agressividade corrosiva;

Sequestrante H₂S – elimina as características corrosivas e tóxicas;

Geltone II –VISCOSIFICANTE – aumentar a viscosidade dos fluidos de perfuração.

Assevera que da descrição acima, percebe-se que os produtos mencionados são indispensáveis aos processos produtivos do estabelecimento autuado. Aduz que são produtos de utilização contínua e permanente, cuja falta impede a realização do processo produtivo ou altera a sua normalidade.

Diz que são produtos que se caracterizam como insumos ou produtos intermediários imprescindíveis, incluídos entre aqueles que o RICMS/BA autoriza a apropriação de créditos. Reitera que não podem ser considerados isoladamente, à parte do processo fabril, como simples materiais de uso e consumo, de utilização eventual e descartável, cuja ausência não repercutiria no processo produtivo. Consigna que mesmo sob a ótica do RICMS/97, razão não assiste ao Fisco, haja vista que, o “material para uso e consumo”, “os produtos químicos” e “outros materiais” indicados na autuação, cujas aquisições deram origem aos créditos reclamados são “mercadorias” que não podem ser singelamente considerados como de uso e consumo, vez que estão diretamente ligados ao processo industrial da Refinaria Landulpho Alves.

Continuando, afirma que esses insumos se apresentam no processo industrial como indispensáveis para que ele aconteça, razão pela qual é aplicável a norma contida no artigo 97 a contrario sensu, que admite o creditamento.

Aduz 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, inserto na Constituição Federal, no caso do ICMS, no art. 155, §2º, 1, sendo um comando ao qual estão submetidos tanto o contribuinte quanto o Estado.

Prosseguindo, cita e reproduz lição dos Profs. José Eduardo Soares de Melo e Luiz Francisco Lippo, no livro “A não cumulatividade tributária”, bem como de Geraldo Ataliba, para reforçar os seus argumentos.

Observa que ao se tratar da questão do aproveitamento de créditos, não se pode perder de vista três pontos:

- primeiro, que ele existe para que se efetive o princípio da não cumulatividade do imposto, inscrito na Constituição Federal;
- depois, que a Constituição não estabelece qualquer restrição a esse regime de abatimento, não podendo fazê-lo a lei complementar ou ordinária;
- por fim, deve-se sempre lembrar que o creditamento não é uma faculdade, mas um dever do contribuinte.

Registra que o CONSEF, nos diversos Autos de infração que o Estado da Bahia lavra contra a Petrobras, tendo por objeto o aproveitamento de crédito de ICMS, tem sido alertado na impugnação que se trata de matéria que não pode ser apreciada sem atentar-se para o comando constitucional, conforme ensina Roque Carraza, cujo texto transcreve.

Afirma que não tem sido em vão o seu esforço, mas ainda que em votos isolados e vencidos o próprio CONSEF começa a atentar que a questão do creditamento, somada à correta verificação do princípio da não cumulatividade, inscrito no t

observado, como exemplifica no processo administrativo fiscal que teve por objeto o auto de infração n. 281076.0002/99-0, o voto do Conselheiro Nelson Teixeira Brandão que reproduz em parte.

Registra que noutro Acórdão mais recente referente ao julgamento do Auto de Infração n. 298574.2000/06-2, houve também voto vencido do Conselheiro Relator, no sentido da inocorrência das infrações 01 e 02, que tratavam de matéria semelhante à discutida no presente Auto de Infração, cujo trecho do voto vencido reproduz.

Conclui afirmando que neste caso, portanto, inexistiu qualquer infração, tratando-se de produtos que caracterizam como insumos indispensáveis ao processo industrial, sendo improcedente a autuação e inexigível a cobrança quanto à parte da infração não reconhecida.

Infração 03

Sustenta que também nesta acusação incorre em equívoco o Fisco, quando entende que teria se apropriado em valor superior ao permitido pela legislação.

Porém, consigna que a própria contabilidade constatou a existência de lançamentos indevidos por duplicidade ou valor a mais, razão pela qual reconhece a situação e providenciou o recolhimento, conforme detalhamento que apresenta. Quanto aos demais valores, afirma que foram devidamente apropriados conforme documentação que acosta aos autos.

Continuando, reporta-se ao Manual de Aproveitamento de Créditos de ICMS(MAC), elaborado pela própria empresa, observando que este se encontra em conformidade com a legislação do ICMS, inexistindo qualquer infração. Pede que se necessário seja realizada perícia contábil, para confirmar as suas alegações.

Acrescenta que tal constatação também pode ser feita através dos livros Registro de Entadas, bem como dos livros Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente (CIAP), acostados aos autos, requerendo também se necessária a realização de perícia contábil.

Diz que nesta autuação deve ser declarada a insubsistência dos valores impugnados e quanto aos valores reconhecidos e recolhidos a sua extinção.

Infração 05

Assevera que não merece prosperar este item da autuação, pois os autuantes não consideraram o disposto no art. 3º, II, da Lei n.9.209/04, cuja redação autoriza a redução da base de cálculo do ICMS em 70,59% nas operações de importação de parte de máquinas de sondagens rotativas com NCM 84.31.43.10, cujo teor transcreve.

Afirma ser insubsistente esta infração.

Infração 06

Sustenta que as importações ocorreram na modalidade de despacho antecipado, motivo pelo qual procedeu ao a apropriação no mês em que ocorreu o efetivo despacho e a entrada dos produtos em seu estabelecimento.

Evoca os artigos 116 e 93, I, § 9º do RICMS/BA, bem como as Leis n.s 87/96 e 7.014/96, para afirmar que o regime de apuração do imposto é de competência mensal, ocorrendo o fato gerador da obrigação principal no momento do despacho aduaneiro; o crédito fiscal é de natureza escritural; e o direito ao crédito fiscal está vinculado ao pagamento do imposto.

Continuando, diz que a regra geral adotada pelo Estado da Bahia é no sentido de que a entrega da mercadoria antes do desembaraço aduaneiro, considera-se ocorrido o devendo a autoridade responsável exigir a comprovação do pagamento em contrário.

Observa que a exigência do imposto é uma ação obrigacional da autoridade alfandegária, no momento do desembaraço aduaneiro, sob pena de não autorizar a entrega da mercadoria importada, razão pela qual está submetido às normas próprias que disciplinam a descarga direta e o despacho aduaneiro de importação de mercadoria transportada a granel.

Explica que as operações de importação se enquadram no regime de despacho aduaneiro, por força das Instruções Normativas n.s 69/96, 175/02 e 206/02, cujos procedimentos discorre.

Frisa ainda ser beneficiário de Regime Especial concedido nos termos do Parecer n.11.398/2005, que o autoriza a recolher o ICMS, à exceção da nafta, no dia 09 do mês subsequente ao da ocorrência dos fatos geradores.

Diz em conclusão que:

- as declarações de importação e o despacho aduaneiro antecipado dos produtos importados, sobre os quais é exigida a exação, se efetivaram no mesmo mês da competência em que se apurou o imposto e houve a apropriação do crédito fiscal;
- os produtos importados, a granel, objeto da autuação, gozam do benefício legal do despacho aduaneiro antecipado e o ICMS incidente nas operações que deveria ter sido recolhido no momento do desembaraço, como regra geral, foi exonerado pelo Estado da Bahia por força do Regime Especial acima aludido;
- o fato gerador da obrigação principal ocorre na efetivação do despacho aduaneiro, e no presente caso, o aspecto temporal do fato gerador se subsume com o despacho aduaneiro antecipado;
- o crédito fiscal apropriado é legítimo e legal, pois efetivado no mesmo mês em que ocorreram os fatos geradores;
- não pode prevalecer a multa, pois não houve infração, devendo a penalidade ser descaracterizada totalmente.

Finaliza a sua peça impugnatória, requerendo a improcedência do Auto de Infração, com a homologação dos valores recolhidos, bem como, protesta pela produção de todos os meios de prova admitidos pelo direito, em especial a documental e pericial contábil e técnica (química).

Os autuantes prestaram informação fiscal às fls. 1735 a 1740, na qual consignam que o autuado reconhece as infrações 01, 04 e 07, totalmente, as infrações 03 e 05, parcialmente, restando em lide as infrações 02 e 06 totalmente, 03 e 05 parcialmente.

Reportam-se sobre a peça defensiva, dizendo que o impugnante essencialmente fundamenta sua defesa em interpretação particular da Constituição Federal, contestando veementemente as glosas de créditos invocando o princípio da não-cumulatividade, considerando ainda, que a ela se submete o contribuinte e o Estado, não sendo, portanto, admissível, nem lícito, que qualquer lei complementar ou ordinária o faça, em desacordo com aquele princípio escrito na Carta Magna. Discorre que os procedimentos internos instituídos pela Petrobrás, para aproveitamento dos créditos do ativo permanente, são absolutamente idênticos àqueles previstos na legislação estadual. Apresenta ainda algumas comprovações e contestações em relação à falta de recolhimento de ICMS na importação, discordando completamente da cobrança de acréscimos moratórios sobre o ICMS na importação, pago intempestivamente, porém espontâneo, baseando-se em Instruções Normativas da SRF. Requer, caso paire alguma dúvida, a perícia técnica (química) para comprovação da imprescindibilidade na utilização dos produtos alhures alinhados no processo de fabricação e peritos contábeis para análise dos livros de entrada e CIAP para constatação ativo permanente de acordo com o previsto na legislação estadual.

Consignam que deixaram de analisar os argumentos defensivos relativos à interpretação da Constituição Federal, restringindo a análise técnica e tributária da matéria em lide conforme passam a abordar.

No que concerne à infração 02, registram que a utilização indevida de créditos de materiais de uso e consumo decorre de procedimento recorrente do autuado, que por questões corporativas insiste na utilização desses créditos, sem observância do Regulamento do ICMS de 1997, cujo art. 93 transcrevem.

Dizem ser fácil concluir que, para fins de utilização do crédito fiscal do ICMS, importa examinar se o produto adquirido será empregado no processo de comercialização, no processo de industrialização, ou de geração, de extração, de produção ou de prestação, ou se, ao contrário, será utilizado ou consumido fora desses processos.

Frisam que o impugnante alega que são produtos de utilização contínua e permanente, cuja falta impede a realização do processo produtivo ou altera a sua normalidade, razão pela qual se caracterizam como insumos ou produtos intermediários imprescindíveis, incluídos dentre aqueles que o RICMS-BA/97 autoriza a apropriação de créditos.

Contestam tal argumento, sustentando que resta evidenciada a utilização dos referidos produtos na limpeza e conservação de equipamentos, a exemplo dos desengraxantes e inibidores de corrosão, tratamento de efluentes e segurança de pessoal no caso dos sequestrantes, conforme descrito à fl 1595 dos autos.

Salientam que reiteradas vezes o Conselho de Fazenda manifestou-se contra tal utilização, conforme Acórdãos CJF nºs 0079-11/05, 0071-12/05, 0435-11/06 e 0463/11/06, todos referentes aos estabelecimentos da Petrobras.

Esclarecem que na execução dos trabalhos de fiscalização, realizaram pesquisas junto ao contribuinte, através de intimação constante às folhas 29, 30 e 31 do PAF, seus fornecedores, sites especializados, no intuito de dirimir dúvida a respeito da aplicabilidade dos materiais tendo sido glosados os créditos dos materiais conforme demonstrativo Anexo B.

Ressaltam que não foi possível coletar informações sobre a utilização de alguns materiais, por não terem conseguido coletar informações a respeito da sua utilização, outros, por não aparecerem descrição do material nos arquivos magnéticos e as respectivas notas fiscais não ter sido localizadas, e como o autuado, mesmo sendo intimado, não apresentou justificativa plausível de sua utilização, glosaram seus créditos.

Observam que constataram que tais materiais não estão vinculados diretamente ao processo de industrialização, não integram o produto final na condição de elementos indispensáveis ou necessários à industrialização dos produtos, sendo a sua utilização para promover a conservação dos equipamentos industriais aumentando, em tese, sua vida útil e tratamento de seus efluentes industriais -correntes residuais inservíveis, gasosas, líquidas ou sólidas-, visando prepará-los para o descarte adequado e sem riscos ambientais, não correspondendo a qualquer atividade produtiva na qual sejam obtidas espécies novas, e por conseguinte tributadas pelo ICMS. Mantêm a autuação.

No que concerne à infração 03, frisam que é caracterizada por diversas irregularidades encontradas na escrituração fiscal do Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente (CIAP) durante os exercícios de 2005 e 2006, conforme Anexo C, às folhas 104 e 105 do PAF, ocasionando apropriações mensais de créditos superiores às devidas.

Reproduzem o art. 339 do RICMS/BA, dizendo que este estabelece as regras para escrituração dos bens do ativo permanente, sendo encontradas irregularidades como, créditos lançados em duplicidade; créditos lançados a mais; créditos indevidos decorrentes de uso e consumo tais como, botas de segurança, cartucho de ti

segurança; etc. e operações de vendas e transferências de ativos sem que os mesmos fossem baixados no CIAP.

Aduzem que o autuado reporta-se ao art. 93 do RICMS/97, à fl. 1601 dos autos, e que o inciso V do § 17 deste artigo dispõe que *na hipótese de alienação dos bens do ativo permanente, antes de decorrido o prazo de quatro anos, contados da data de sua aquisição, não será admitido, a partir da data de alienação, o creditamento de que trata este parágrafo em relação à fração que corresponda ao restante do quadriênio.*

Asseveram que em momento algum, na defesa apresentada, o impugnante faz referência às vendas e transferências de ativo, CFOP 1551, 2551, 1552 e 2552, identificadas nos exercícios de 2005 e 2006, onde os créditos não foram baixados no CIAP, implicando apropriações a mais conforme demonstrado no Anexo C.

Dizem que o autuado reconheceu a existência de lançamentos em duplicidade, tendo feito recolhimento dos valores conforme demonstrado à fl. 1.600 dos autos, contudo, no momento que reconhece uma parcela, por exemplo, R\$ 8.390,34 com data de ocorrência em 31.12.2004, esqueceu que esta é 1/48 avos do valor creditado indevidamente, ou seja, R\$ 402.736,37 e que continuou tendo repercussão nos meses subsequentes por estar fazendo parte do saldo acumulado, conforme demonstrado. Acrescentam que, como o impugnante reconheceu esta infração, deveria recolher não só esta parcela, assim como os valores referentes aos demais meses de janeiro de 2005 a dezembro de 2006. Observam que os demais valores reconhecidos não foram correlacionados com as infrações apontadas no CIAP, porém, assim mesmo, aplica-se o raciocínio acima, ou seja, pagou-se apenas 1/48 esquecendo das demais. Mantêm integralmente a autuação.

No respeitante à infração 05, dizem que o autuado efetuou o recolhimento de parte desta infração no valor de R\$ 12.649,62, porém não detalhou a que DI's refere-se este recolhimento.

Registram também que o autuado alegou que não foi considerada a redução de base de cálculo do ICMS em 70,59% na importação de partes de máquinas de sondagens rotativas com NCM 8431.43.10 também sem citar a DI correspondente, contudo, que ao verificarem as argumentações e cópias dos relatórios apresentados pelo impugnante, localizaram a referida DI nº 412929400 desembaraçada em 11/01/2005, cuja NCM coincide.

Observam que o cálculo foi efetuado sem redução de base de cálculo e indevidamente incluído no demonstrativo, em decorrência de a descrição da nota fiscal não corresponder à descrição da NCM e, como consta à fl. 986 dos autos no “Extrato de Solicitação de Retificação da DI” (SRF), a alíquota utilizada do ICMS é de 17%, motivo pelo qual refizeram o demonstrativo de débito excluindo este valor e, com o pagamento já efetuado, resta um saldo de R\$ 4.744,52, a recolher.

No que tange à infração 06, sustentam que o autuado incorre em equivoco ao tratar em sua defesa, que esta infração decorre da utilização indevida de crédito fiscal decorrente de operações de importação de bens, como também, ao afirmar que as importações em questão ocorreram na modalidade de despacho antecipado.

Observam que o autuado incide em acerto, ao afirmar que é permissionário de Regime Especial que lhe permite recolher o ICMS relativo aos produtos importados, no dia 09 do mês subsequente ao da ocorrência dos fatos geradores. Porém, que em alguns processos de importação o autuado, complementa em meses subsequentes ao do pagamento, recolhimentos de ICMS devidos por alteração na base de cálculo original, em virtude de despesas acessórias não incluídas, muitas vezes até desconhecidas na data do primeiro recolhimento, sendo esta infração originada de alguns desses recolhimentos terem sido efetuados sem a inclusão dos devidos acréscimos moratórios, conforme preceitua o art.138 do RICMS/BA, o qual reproduzem.

Concluem mantendo o Auto de Infração, com a homologação dos valc

Intimado o contribuinte para ciência da informação fiscal e dos novos demonstrativos elaborados pelos autuantes, este acusa o recebimento à fl. 1746, contudo, não se manifesta.

Constam às fls. 1747 a 1753, extratos do SIGAT referentes ao pagamento parcial do débito.

VOTO

A princípio, cabe-me consignar que o Auto de Infração foi lavrado em total observância às disposições do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal-RPAF/99, especialmente, o seu artigo 39, estando os fatos descritos com clareza e precisão, possibilitando o exercício do direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte, inexistindo qualquer vício que o inquine de nulidade.

No que concerne a pericia suscitada pelo sujeito passivo, cabe-me entender que os elementos acostados aos autos, são suficientes para decisão da lide motivo pelo qual indefiro o pedido, com fulcro no art. 147, II, “a”, do RPAF/99.

Do exame das peças que compõe o presente processo, verifico que o autuado reconhece integralmente as infrações 01, 04 e 07 e, parcialmente, as infrações 03 e 05, inclusive, efetuando o recolhimento do valor devido relativo a estas infrações, conforme comprovante acostado aos autos. Insurge-se contra as infrações 02 e 06 integralmente.

Relativamente à infração 02, constato assistir razão aos autuantes, haja vista que a legislação do ICMS somente admite o crédito fiscal referente às mercadorias empregadas diretamente na industrialização e que integrem o produto final, consoante o § 1º, do art. 93, do RICMS-BA/97, cuja origem decorre da Lei n. 7014/96 e esta da Lei Complementar n. 87/96.

No presente caso, os produtos arrolados na autuação, a exemplo de Inibidor de corrosão, Petrolab C- 400; Tetrahib, Dengrax 1000 – desengraxante, amortecedor de vibração das PENEIRAS de processamento de cascalho perfurado, têm a natureza de uso e consumo do estabelecimento, em face de sua utilização na forma descrita na peça defensiva, valendo observar que, nos termos do art. 93, §1º do RICMS/BA, a utilização de créditos fiscais relativos às matérias-primas e produtos intermediários condicionam-se a que as mercadorias adquiridas sejam consumidas no processo industrial, ou integrem o produto final na condição de elementos indispensáveis à sua produção, não sendo este o caso dos referidos produtos.

Cabe-me consignar que este tem sido o entendimento deste CONSEF, em reiteradas decisões, a exemplo do Acórdão n. CJF N.0106-11/07, cujo voto vencedor proferido pelo ilustre Conselheiro Fernando Antonio Brito Araujo, relativo a matéria semelhante a tratada nesta infração, ratifica o entendimento quanto à utilização indevida de crédito fiscal de materiais de uso consumo, transcrevo abaixo:

“VOTO VENCEDOR (Quanto às infrações 1 e 2)

Discordo, com a devida *venia*, do entendimento do ilustre Relator, apenas quanto a sua decisão de Prover Parcialmente o Recurso Voluntário, no que diz respeito às duas primeiras infrações, as quais exigem o ICMS nos montantes de R\$ 29.061,18 e R\$ 8.717,24, respectivamente, em razão da utilização indevida de crédito fiscal referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento e da falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença de alíquotas referente aos produtos: hipoclorito de sódio; carbonato de sódio; hidrato de hidrazina; fosfato trissódico; fosfato de sódio tribásico; hidrogênio; nitrogênio; antiespumantes para poços; joelho; óleo lubrificante e graxa, provenientes de outras unidades da Federação.

Entende o ilustre relator que procede a exigência apenas quanto à “materiais genéricos, como graxa, joelho, tubo inox, óleo lubrificante, e PVA TB”. Os demais itens glosados tratam-se de “artigos químicos imprescindíveis à produção industrial, na condição irremovível para obtenção da qualidade desejável, gerando ou não resíduos, os quais no curso do processo poderão ser adicionados ou não ao produto final.”

Já o recorrente sustenta que os produtos: hipoclorito de sódio, utilizado para controle de microbiológico; fosfato trissódico, para controle do pH; hidrato de hidrazina, dosado para consumir o oxigênio dissolvido na água, e carbonato de sódio, utilizado para controle de pH evitando corrosão e/ou incrustação, tratam-se de insumos indispensáveis para aos demais produtos reconhece e recolhe o ICMS devido, conforme DAE e demonstrativo, às

A acusação fiscal, relativa à primeira infração, reporta-se à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material de uso e consumo do estabelecimento – referente a produtos químicos utilizados no tratamento de água de refrigeração e tratamento de efluentes.

Na Decisão recorrida foi consignado que *“os produtos utilizados no tratamento de água de refrigeração e no tratamento de efluentes não ensejam a utilização de crédito fiscal, tendo em vista que não são considerados produtos intermediários, pois não são afetados aos processos produtivos, servindo na conservação e preservação de equipamentos adequando os efluentes à legislação ambiental”*.

De tais considerações, não resta a menor dúvida de que os produtos químicos utilizados no tratamento da água de refrigeração e no tratamento de efluentes, materiais sob análise, cujos créditos foram glosados e exigidos o diferencial de alíquotas, são destinados ao uso e consumo do estabelecimento, pois não afetam diretamente o produto acabado, por não serem consumidos nem integrarem o produto final na condição de elemento indispensável ou necessário à produção.

A legislação estabelece que a utilização de créditos fiscais relativos às matérias-primas e produtos intermediários condicionam-se a que as mercadorias adquiridas sejam consumidas no processo industrial, ou integrem o produto final na condição de elementos indispensáveis à sua produção (RICMS/97, art. 93, § 1º).

É necessário que se saliente que, tanto os materiais de consumo como os produtos intermediários, são “consumidos” pelo estabelecimento industrial, porém o que importa para a sua caracterização legal é **onde** o consumo acontece: se o bem é consumido em função e como resultado de sua participação direta no processo de fabricação do produto da empresa, então há que se denominá-lo de produto intermediário; caso contrário, deve ser definido como material de consumo.

Observo que esse entendimento está perfeitamente de acordo com a definição que o RICMS/97 estabelece para as mercadorias de **uso e consumo** do estabelecimento (artigo 93, inciso V, alínea “b”): *“as mercadorias que não forem destinadas a comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação, por não serem consumidas nem integrarem o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à sua produção, composição ou prestação”*, o que é o caso dos produtos objeto destas duas infrações, como explanado anteriormente, que não se consomem efetiva e diretamente no próprio processo industrial. Logo, é vedada a utilização do crédito e devida a diferença de alíquotas, pois não se consideram consumidos imediata e integralmente tais produtos em cada processo produtivo, nem tampouco integram ao produto final.

Por fim, a Lei Complementar nº. 87/96, alterada pela Lei Complementar nº. 122/06, no seu art. 33, I, prevê que as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento somente darão direito de crédito a partir de 1º de janeiro de 2011. Esta determinação também foi recepcionada no art. 29, § 1º, II, da Lei Estadual nº. 7.014/96, e pelo art. 93, V, “b”, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº. 6.284/97.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado, para homologar a Decisão recorrida, no sentido de se manter o valor originalmente exigido nas duas primeiras infrações.”

Diante do exposto, considero integralmente subsistente a infração 02.

No que concerne à parte impugnada da infração 03, verifico que os autuantes identificaram como irregularidades créditos lançados em duplicidade; créditos lançados a mais; créditos indevidos decorrentes de lançamentos de materiais de uso e consumo tais como botas de segurança, cartucho de tintas, filtro para máscara de segurança, e operações de vendas e transferências de ativos sem que os mesmos tivessem sido baixados no CIAP.

Observo também que, apesar de sustentar que o Fisco incorreu em equívoco, quando entende que teria se apropriado de crédito fiscal em valor superior ao permitido pela legislação, o autuado reconheceu a existência de lançamentos indevidos em duplicidade, inclusive, recolhendo parte do débito reconhecido.

Contudo, quanto à parcela impugnada, considero assistir razão aos autuantes, tendo em vista que mesmo reportando-se ao art. 93, §17, V, do RICMS/97, na peça de defesa, o impugnante efetivamente não faz qualquer referência às vendas e transferências de ativo com CFOP 1551, 2551, 1552 e 2552, identificadas nos exercícios de 2005 e 2006, onde os créditos não foram baixados no CIAP, resultando em apropriações a mais, em conformidade com o Anexo C.

Na realidade, verifico na peça impugnatória referente a esta infração que o autuado não identifica os equívocos porventura incorridos pelo Fisco, requerendo apenas a realização de perícia contábil, se necessária, inclusive, sem apresentar qualquer quesitação que pudesse permitir a realização de diligência ou perícia. Sabe-se que o pedido de diligência ou perícia deve ser fundamentado, para permitir os esclarecimentos das dúvidas porventura existentes. No presente caso entendo que o impugnante não observou as disposições dos arts. 123, 142 e 143 c

integralmente.

Com relação à infração 05, observo que o impugnante alega que os autuantes não consideraram o disposto no art. 3º, II, da Lei n.9.209/04, cuja redação autoriza a redução da base de cálculo do ICMS em 70,59% nas operações de importação de parte de máquinas de sondagens rotativas com NCM 84.31.43.10, cujo teor transcreve.

Verifico assistir razão ao impugnante, fato também admitido pelos próprios autuantes que acataram a alegação defensiva, registrando que ao verificarem as argumentações e cópias dos relatórios apresentados pelo impugnante, localizaram a referida DI de nº 412929400 desembaraçada em 11-01-2005, cuja NCM coincide com a mencionada pelo autuado, e observam que o cálculo foi efetuado sem redução de base de cálculo e indevidamente incluído no demonstrativo, em decorrência de a descrição da nota fiscal não corresponder à descrição da NCM e, como consta à fl. 986 dos autos no “Extrato de Solicitação de Retificação da DI” (SRF), a alíquota utilizada do ICMS é de 17%, motivo pelo qual refizeram o demonstrativo de débito excluindo este valor e, com o pagamento já efetuado, resta um saldo de R\$ 4.744,52, a recolher.

Na realidade, após a correção efetuada pelos próprios autuantes, a exigência referente à data de ocorrência de 31/01/2005, foi reduzida de R\$ 408.000,00 para R\$ 249,10, em decorrência da permanência da DI n. 500771817, ficando os demais valores originalmente exigidos nos demais meses deste item da autuação, no total de R\$ 17.394,14, conforme demonstrativo de débito abaixo:

Ocorrência	Vencimento	Val. Histórico/Julgado (R\$)
28/02/2006	09/03/2006	5,33
28/02/2005	09/03/2005	1.813,30
30/06/2005	09/07/2005	58,87
31/08/2005	09/09/2005	109,06
31/12/2005	09/01/2006	210,64
31/01/2005	09/02/2005	249,1
30/04/2005	09/05/2005	3.982,71
31/05/2005	09/06/2005	171,39
31/07/2005	09/08/2005	306,15
30/09/2005	09/10/2005	355,15
31/10/2005	09/11/2005	235,92
30/11/2005	09/12/2005	2.799,36
31/01/2006	09/02/2006	1.810,10
31/03/2006	09/04/2006	93,78
30/04/2006	09/05/2006	4.793,69
31/07/2006	09/08/2006	388,39
30/11/2006	09/12/2006	11,2
TOTAL		17.394,14

Quanto à infração 06 - *Deixou de recolher os acréscimos moratórios referentes ao ICMS pago intempestivamente, porém, espontaneamente*-, constato que o autuado alega que as importações ocorreram na modalidade de despacho antecipado, motivo pelo qual procedeu ao a apropriação no mês em que ocorreu o efetivo despacho e a entrada dos produtos em seu estabelecimento, sendo o crédito fiscal de natureza escritural, estando vinculado ao pagamento do imposto.

Ora, no caso desta infração, a acusação fiscal decorreu do fato de ter o contribuinte em alguns processos de importação complementado em meses subseqüentes ao do pagamento, recolhimentos de ICMS devidos por alteração na base de cálculo original, em virtude de despesas acessórias não incluídas, sem computar os devidos acréscimos moratórios, na form

Infração mantida.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologada a quantia recolhida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **299904.0001/09-9**, lavrado contra **PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. PETROBRÁS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.073.216,01**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, incisos, II, “a”, VII, “a” e VIII, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, cabendo a homologação da quantia recolhida.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de maio de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR