

PROCESSO - A. I. Nº 299904.0001/10-2
RECORRENTE - PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. – PETROBRÁS (PETROBRÁS RPBA EST. UNIF.)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3º JF nº 0007/03-11
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 16/08/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0234-12/11

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** BENS DO ATIVO PERMANENTE. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. LIVRO CIAP. ESCRITURAÇÃO IRREGULAR. APROPRIAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO. **a.1)** MATERIAL DE CONSUMO ESCRITURADOS COMO BENS DO ATIVO PERMANENTE. **a.2)** FALTA DE BAIXA DE BENS DESINCORPORADOS SEM COMPROVAÇÃO DE DATA DE AQUISIÇÃO. **a.3)** USO DO CRÉDITO FISCAL EM DUPLICIDADE. **a.4)** USO DO CRÉDITO A MAIOR. A empresa não apresenta provas para desconstituição da infração a ele imputada. **b)** PERDAS DECORRENTES DO PROCESSO DE INDUSTRIALIZAÇÃO. FALTA DE ESTORNO PROPORCIONAL. O pedido da empresa restringiu-se ao saneamento da multa aplicado e conforme decidido pela JF. O Acórdão nº 0007/03-11 encontra-se correto, não existindo erro a ser sanado. Rejeitadas as arguições de nulidade. Indeferido o pedido de perícia contábil. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte inconformado com a Decisão de 1ª Instância deste CONSEF, com base no art. 169, I, “b”, do RPAF/BA.

O Auto de Infração, lavrado em 17/03/2010, exige ICMS no valor de R\$6.222.120,53 e multa por obrigação acessória no valor de R\$90.234,67, em razão do cometimento de sete irregularidades à legislação tributária deste Estado, cometida pela empresa. No entanto, somente fazem parte do Recurso Voluntário as seguintes imputações:

INFRAÇÃO 1. Utilização indevida de crédito fiscal relativo a entrada de bens do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação. Consta, na descrição dos fatos, que a verificação é referente aos lançamentos mensais efetuados no livro Registro de Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente – CIAP e registrados no livro Registro de Apuração de ICMS – RAICMS, conforme demonstrativo-resumo de fls. 18 a 24 do PAF. Demonstrativos analíticos e cópias de documentos fiscais às fls. 25 a 2052 (volumes I a VIII). ICMS no valor de R\$6.178.134,49, acrescido da multa no percentual de 60%.

INFRAÇÃO 5. Utilização indevida de crédito fiscal por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento, ou o serviço não ter sido prestado. Consta, na descrição dos fatos, que a verificação é referente a perdas decorrentes do processo de industrialização da N-Parafina, efetuado pela Empresa Carioca de Produtos Químicos S/A – EMCA, de mercadorias remetidas sem transitar pelo estabelecimento adquirente, transferidas pela RLAM (Refinaria Landulfo Alves de Mataripe), conforme demonstrativo de fls. 2.094 a 2.096 do PAF. ICMS no valor de R\$14.724,79, acrescido da multa no percentual de 150%.

Após ser rejeitada a arguição de nulidade apresentada pela empresa e não ser aceito o pedido de perícia fiscal, a 3ª JF, em relação à matéria ora em pauta, assim decidiu.

Em relação à Infração 01, utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$6.178.134,49, relativo a entrada de bens do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação constando, na descrição dos fatos, que a verificação é referente aos lançamentos mensais efetuados no livro Registro de Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente – CIAP e registrados no livro Registro de Apuração de ICMS – RAICMS, conforme demonstrativos fiscais constantes do PAF, o contribuinte aduz que para esta imputação apenas reconhece os débitos no valor total de R\$391.807,42, que afirma serem relativos a escriturações que realizou em duplicidade, ou a maior, sem explicitar a que itens do demonstrativo do levantamento fiscal, especificamente, refere-se cada quantia reconhecida.

Ressalto que todas as irregularidades apontadas nesta Infração 01 referem-se a uso indevido de crédito fiscal que foi apurado após análise da escrituração do livro Registro de Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente – CIAP, e dos documentos fiscais respectivos, todos sob responsabilidade legal de guarda pelo sujeito passivo. A quesitação trazida aos autos pelo sujeito passivo, em seu pedido de realização de perícia, conforme consta no Relatório que antecede este voto, atingem dados deste livro CIAP e de documentos fiscais do sujeito passivo. Assim, compreendo que ao invés de indagar, caberia ao contribuinte responder a tais quesitos. Porém, tais respostas não elidiriam o fulcro da imputação, conforme ver-se-á a seguir, neste voto.

Quanto à alegação defensiva de que parte do débito tributário lançado referir-se-ia a insumos, tal alegação é contraditada pela descrição das mercadorias nos documentos fiscais anexados pelo próprio contribuinte em sua primeira impugnação nos autos, porquanto nas notas fiscais coligidas estão descritos bens de consumo, por suas características. Ademais, se fossem insumos, caberia ao contribuinte comprovar tal situação nos autos deste processo, quando de sua impugnação. Assinalo que as notas fiscais cujas cópias foram trazidas pelo contribuinte também estavam inseridas no demonstrativo do levantamento fiscal.

Assinalo, por oportuno, que a previsão constitucional quanto à não-cumulatividade é incontroversa, e também a reserva legal para legislar acerca de tributos estaduais. Neste sentido, não cabe ao contribuinte do ICMS decidir a maneira como procederá às formalidades necessárias, legalmente previstas como parte de suas obrigações tributárias acessórias, para a utilização do crédito fiscal. Na verdade, o cumprimento das obrigações acessórias permite aos entes tributantes o devido controle sobre o regular recolhimento dos tributos devidos. E o não cumprimento de tais obrigações acessórias pode dificultar, ou mesmo inviabilizar, que este controle governamental se dê da forma eficaz.

Contudo, se o contribuinte comprovasse, de forma incontestada, que recolhera o imposto, ainda que tendo descumprido suas obrigações tributárias acessórias, restando cumprida a obrigação tributária principal, caberia a compensação, também na forma prevista legalmente para cada situação, com débitos deste mesmo tributo. Conforme se verá a seguir, esta não é a situação da presente lide, até o momento deste julgamento.

Na situação em lide, se o contribuinte houvesse cumprido o quanto determinado na legislação estadual, em especial no artigo 339 do RICMS/BA, teria escriturado em seu livro Registro de Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente – CIAP apenas o crédito relativo aos seus bens do ativo permanente, e nas condições que tal artigo prevê. Todavia, o contribuinte confirma que escriturou este livro irregularmente. Contesta, apenas, a glosa de crédito quanto a bens que intitula de “insumos”, e a desincorporações que qualifica como saídas que teriam sido tributadas, alegando recolhimentos de imposto que teriam justificado a utilização de tais créditos fiscais, ainda que não de forma regular. Porém, nestes autos não prova tais recolhimentos de imposto.

O contribuinte também confessa que não localizou a nota fiscal de aquisição de bem desincorporado, pelo que também não comprova que teria se creditado regularmente, inclusive, de crédito fiscal relativo a bens do ativo permanente, e que foi objeto da ação fiscal questionada. Ou seja, o contribuinte não comprova, também, que cumprira o quanto disposto no artigo 93, §17, inciso V, do RICMS/BA, que inclusive copia em sua impugnação. Além disto, o sujeito passivo não comprovou que todas as saídas de bens de ativo teriam, de fato, sido tributadas, tal como afirma. E, neste sentido, impõe-se a aplicação do teor do artigo 142 do RPAF/99, já que o contribuinte tem a guarda e responsabilidade legal por toda a documentação fiscal que lhe pertence.

Diante das diversas irregularidades na escrituração do livro CIAP do contribuinte, restou ao Fisco lançar, de ofício, os valores de imposto decorrentes de creditamento irregular, inclusive glosando os valores de crédito que não se referiam a bens do ativo imobilizado, e que estavam escriturados no livro Registro de Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente – CIAP, bem como glosando os valores relativos a bens do ativo desincorporados sem comprovação do cumprimento do prazo previsto no já mencionado 93, §17, inciso V, do RICMS/BA.

Por tudo quanto exposto, é procedente a Infração 01.

No que tange à Infração 05, utilização indevida de crédito fiscal no valor de R\$14.724,79, acrescido da multa no percentual de 150%, por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento, ou o serviço não ter sido prestado, constando, na descrição dos fatos, que a verificação é referente a perdas decorrentes do processo de

industrialização da N-Parafina, efetuado pela Empresa Carioca de Produtos Químicos S/A – EMCA, de mercadorias remetidas sem transitar pelo estabelecimento adquirente, transferidas pela (Refinaria Landulfo Alves de Mataripe) RLAM, conforme demonstrativo de fls. 2.094 a 2.096 do PAF, o contribuinte assinala que, embora tendo havido creditamento indevido, na verdade tratava-se de aquisição de bem sujeito ao estorno proporcional do crédito, uma vez que houve sua perda, ou deterioração, durante o processo produtivo. Que esta situação o sujeitaria à multa no percentual de 60% prevista no então vigente artigo 915, inciso VII, alínea “b”, do RICMS/BA, e não à multa no percentual de 150% que foi indicada pelo Fisco. Afirma que as mercadorias ingressaram no estabelecimento, descrevendo o processo de industrialização, pelo que os documentos utilizados não seriam inidôneos, e assevera que caberia a multa no percentual de 60%.

Verifico que no caso em tela, tal como relatam o Fisco e o contribuinte em suas manifestações nos autos, trata-se de venda à ordem, e de fato as mercadorias foram destinadas à industrialização e remetidas de volta para o sujeito passivo, tendo ocorrido perdas e deterioração no processo produtivo, e o contribuinte apenas não estornou o crédito proporcionalmente, pelo que assiste razão ao sujeito passivo quando pugna pela aplicação da multa no percentual de 60% prevista no artigo 42, inciso VII, alínea “b”, da Lei nº 7.014/96, contestando a aplicação da multa no percentual de 150%. O contribuinte não contesta os dados numéricos das operações discriminadas no levantamento fiscal que embasa a imputação 05.

Infração 05 procedente, com modificação do percentual de multa indicado no Auto de Infração de 150% para 60%, nos termos do mencionado artigo 42, inciso VII, alínea “b”, da Lei nº 7.014/96

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$6.712.221,54, conforme planilha a seguir, devendo ser homologado o valor efetivamente recolhido:

Inconformado com a Decisão de 1º Grau, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário (fls. 2348/2361).

Após informar da tempestividade do Recurso interposto, descrever todas as infrações a ele imputadas e indicar o reconhecimento, inicial, de parte da autuação, suscita a nulidade do Auto de Infração por entender que, como houve o lançamento de sete infrações envolvendo diferentes discussões e abordagens jurídicas em um único Auto de Infração, tornou difícil exercer o seu direito de ampla defesa, dificultando a sua impugnação. Nesta esteira de argumentação, invoca as determinações do art. 5º, LIV da CF/88, discorre sobre a ampla defesa e do contraditório e que o prazo previsto no art. 123 do RPAF/BA refere-se a cada lançamento tributário.

Passa a discorrer sobre o mérito da autuação.

Quanto à infração 1, a divide em duas partes, ou seja, o seu direito ao creditamento do ICMS em relação aos bens que posteriormente foram transferidos para outro estabelecimento e seu direito ao creditamento relativo a insumos que foram lançados indevidamente no CIAP.

A respeito do creditamento em relação ao ativo imobilizado que, posteriormente, foi transferido, advoga que embora, aparentemente, tal procedimento seja contrário à legislação, o creditamento foi efetuado de maneira adequada. Informa que como não houve a identificação da nota fiscal de aquisição dos bens que garantiram os seus direitos ao creditamento, restou impossibilitado de realizar a respectiva baixa do crédito no CIAP, no momento da transferência dos bens para outro estabelecimento. Por esta razão e visando assegurar o cumprimento das suas obrigações fiscais, bem como evitar a perda do respectivo crédito, efetuou novo pagamento de ICMS incidente sobre a remessa do bem para outro estabelecimento da companhia e manteve a apropriação do crédito anterior, pelo que não teria havido prejuízo ao Erário, que teria recebido, em uma única prestação, o valor total do respectivo tributo, não sendo pertinente à lavratura da autuação fiscal. Que se for compelido em efetuar o recolhimento referente ao suposto creditamento indevido, além de não se beneficiar da não cumulatividade, conforme previsto no art. 155, § 2º, I, da CF, estaria pagando em dobro o ICMS.

Ressalta que o procedimento adotado e ora exposto não afrontou a estrutura do mecanismo de créditos e débitos de ICMS, nem causou ônus ao Estado. Portanto, “ainda que não tenha havido a identificação da nota fiscal da operação de aquisição do bem que garantiu o direito de crédito, deverá ser mantido o direito de creditamento do contribuinte” e que “visando assegurar o direito subjetivo ao abatimento, o autuado criou a maneira mais justa e menos onerosa ao Estado para proceder o respectivo creditamento, qual seja, efetuando o pagamento do ICMS

relativo à transferência do bem e continuar a tomar o crédito relativo à operação anterior.” Neste sentido requer a improcedência da infração.

Em relação aos insumos de produção lançados indevidamente no CIAP, diz que, em verdade, o aproveitamento do crédito deveria ter sido efetuado por inteiro, sem o fracionamento de 1/48 avos e, no caso, quem restou favorecido foi o Fisco Estadual. E, neste sentido, assim se posiciona: *“Destarte, pode-se afirmar que não houve creditamento indevido relativo ao ICMS incidente sobre a aquisição de bens considerados insumos de produção, apenas a maneira como se deu tal tomada do crédito é que foi feita de maneira incorreta, a qual beneficiou o próprio Fisco e não a empresa autuado. Cercear o direito do contribuinte de tomar os créditos relativos à aquisição de bens considerados insumos de produção ofende frontalmente a dicção do art. 155, § 2º, I, da Constituição Federal, representando um desrespeito ao princípio da não-cumulatividade. Ademais, no presente momento, se junta às notas fiscais de aquisição dos bens que são considerados insumos de produção, entretanto o seu creditamento foi feito mediante lançamento no CIAP. Diante o exposto, a atuação, neste ponto, e em relação aos valores a serem apurados por meio de perícia contábil, deve ser julgada improcedente, se garantindo ao autuado o direito ao creditamento”.*

O contribuinte, acerca da Infração 1, argumenta que seria necessário a elaboração de prova pericial nas suas contas contábeis, tendo em vista o montante da autuação, bem como a sua complexidade jurídica e fática, pois se trata de assunto que envolve centenas de notas fiscais e uma grande diversidade de bens utilizados na sua atividade produtiva, os quais não são passíveis de serem indicados e analisados no bojo da impugnação de diversas autuações em um prazo de 30 dias.

Afirma padecer de legitimidade a afirmação da JJF *“segundo a qual a contribuinte deveria ao invés de requerer prova pericial, responder os quesitos colacionados na impugnação”.* Ressalta, novamente, que a situação fática é de grande complexidade, mostrando-se inviável do ponto de vista processual que a empresa realize estudo técnico para responder a tais quesitos, pois a respostas de tais questões *“envolve uma grande quantidade de bens que diariamente são transferidos entre os diversos estabelecimentos empresariais da contribuinte, em razão da atividade do autuado ser realizada em diversas localidades do país”.*

De igual forma, continua, é necessário perícia contábil para indicar quais foram os valores relativos ao ICMS incidente sobre a aquisição de bens considerados como insumos que foram lançados indevidamente no CIAP, bem como, a comprovação de que tais bens são insumos de sua produção.

Neste sentido, elabora quesitação, nos termos dos arts. 123, § 3º e 145, Parágrafo Único, do RPAF/BA, quais sejam:

- 1) Qual foi o montante de crédito de ICMS que o autuado manteve, ainda que tenha havido a posterior remessa do bem para outro estabelecimento da contribuinte?*
- 2) Qual foi o montante decorrente do recolhimento de ICMS incidente sobre a remessa dos bens para outro estabelecimento do autuado?*
- 3) Os bens apontados nas notas fiscais acostadas aos autos são insumos de produção ou destinam-se a compor o ativo imobilizado?*
- 4) Qual foi o valor do crédito de ICMS decorrente da aquisição de insumos que foi indevidamente lançado no CIAP, cujo aproveitamento deveria se dar por inteiro em uma só vez?*

Quanto à infração 5, se insurge contra a planilha transcrita ao final do Acórdão, pois ela indica o valor do ICMS no montante de R\$14.724,79, porém, considerou a multa de 150% ao invés de 60% como decidido.

Em seu Parecer (fls. 2402/2404) a PGE/PROFIS entende que a tese recursal a respeito da nulidade arguida não pode ser acolhida, uma vez que embora tenham sido indicadas sete infrações, cinco delas referem-se a utilização indevida de crédito fiscal. No mais, o lançamento de ofício

encontra-se revestido de todas as formalidades legais, todas as infrações vêm acompanhadas de demonstrativos de débito elaborados pelo autuante, bem como o sujeito passivo fora intimado de todos os atos processuais nos moldes contemplados no RPAF/BA. Assim, não vislumbra qualquer ofensa à ampla defesa e ao contraditório do contribuinte, cujo direito foi devidamente preservado.

No mérito e a respeito da infração 1, observa que o recorrente não trouxe aos autos prova nem argumentos jurídicos capazes de promover a modificação do julgamento de primeira instância administrativa, com o qual, diz, tem seu total acolhimento.

Ressalta que o uso indevido de crédito fiscal foi apurado após análise da escrituração do CIAP e dos documentos fiscais respectivos, todos sob responsabilidade legal e guarda do sujeito passivo. E que, mesmo em grau de Recurso Voluntário, o contribuinte não colacionou aos autos documentação que comprove sua alegação de que parte do débito apurado referia-se a insumos, bem como, confessa diversas irregularidades procedidas na escrituração do CIAP. Neste sentido opina pelo não acolhimento do pedido de perícia contábil formulado.

Observando, quanto à infração 5, de que o demonstrativo de fls. 2.334 já contempla a multa de 60%, opina pelo Conhecimento e Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

VOTO

A mesma preliminar de nulidade argüida pela empresa em sede de 1º Grau foi trazida no seu Recurso Voluntário, ou seja, por terem sido constatadas sete infrações no presente lançamento fiscal e, como somente teve prazo de 30 dias para impugná-las, houve cerceamento do seu direito de defesa. Afora tal argumento, sustenta que este prazo legal de 30 dias se refere a cada infração detectada e não a todas, como a ele imputadas.

Analisando as determinações do RPAF/BA somente se constata uma única vedação em relação a lavratura de um Auto de Infração que é aquela de se lançar diferentes tributos em um mesmo lançamento fiscal, conforme previsão contida no seu art. 43 - *É vedada a lavratura de um mesmo Auto de Infração relativo a tributos diversos*. Fora deste contexto, a norma legal não expressa qualquer vedação de que sejam lançados em um mesmo Auto de Infração (lançamento de ofício) quantas infrações foram apuradas pelo fisco, uma vez que este instrumento legal cuida da cobrança do crédito tributário apurado como um todo e não de uma parte do mesmo.

Indo adiante nesta análise, o art. 40, do RPAF/BA somente admite a lavratura de mais de um Auto de Infração relativo ao mesmo período fiscalizado em casos especiais e mediante justificativa circunstanciada do auditor fiscal ao Inspetor Fazendário que poderá, ou não, autorizá-lo.

Em assim sendo, ao contrário do que entende o recorrente, o prazo de 30 dias para pagamento ou impugnação é do Auto de Infração, ou seja, do lançamento fiscal, e não de cada infração apurada. E, para mais clarear o assunto, transcrevo as determinações do art. 121, I e art. 123, § 1º do referido Regulamento:

Art. 121. *Instaura-se o processo administrativo fiscal para solução de litígios entre o fisco e os sujeitos passivos tributários:*

I - *quando da apresentação da defesa, por escrito, impugnando o lançamento de crédito tributário efetuado mediante Auto de Infração;*

Art. 123. *É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da intimação.*

§ 1º *A matéria relacionada com a situação que constitua o objeto da lide deverá ser alegada de uma só vez.*

Assim, mesmo que possa entender que diversas infrações apuradas pelo fisco e lançadas em um mesmo instrumento possam dificultar a defesa, ou mesmo o seu julgamento, a legislação tributária ora vigente não socorre o pleito do recorrente.

No mais, no presente caso, embora tenham sido detectadas sete infrações à legislação tributária, quatro delas foram apuradas após análise do CIAP do recorrente, sendo que três foram reconhecidas e uma (infração 1) reconhecida parcialmente. Afora tal constatação:

1. Antes da lavratura do presente Auto de Infração e conforme dito pelos autuantes, cuja afirmativa em qualquer momento foi contestada pelo defendente, nem quando de sua manifestação a respeito da informação fiscal (fls. 2275/2280) nem em grau de Recurso Voluntário, foi apresentada à empresa todas as infrações apuradas.
2. O recorrente recebeu todos os demonstrativos relativos às infrações, conforme recibo às fls. 2.166 e 2.167.
3. De igual forma, entendeu claramente as irregularidades a ele imputadas, defendendo-se das mesmas quando assim entendeu pertinente, exercendo tempestivamente, e desta forma, o seu direito de defesa.

Por tudo exposto, não existe causa para embasar a arguição de nulidade levantada.

O contribuinte requer perícia nas suas contas contábeis, tendo em vista o montante da autuação, bem como a sua complexidade jurídica e fática, por envolver centenas de notas fiscais e uma grande diversidade de bens utilizados na sua atividade. Neste sentido, elabora quesitação, conforme transcrito no relatório do presente Acórdão.

Indefiro tal pleito, uma vez que:

1. as provas dos fatos independe de conhecimento especial de técnicos especializados, nem os fatos são de complexidade jurídica;
2. os levantamentos fiscais demonstram de forma cristalina a apuração do débito exigido;
3. os valores apurados tiveram por base a escrituração do CIAP do recorrente que foi escriturado pela própria empresa, que tem a sua posse;
4. se, acaso, esta escrituração foi realizada de forma irregular, caberia a própria empresa refazê-la, tendo por base as determinações da legislação tributária deste Estado. Tal empreitada é do contribuinte e não do Estado. O Estado não pode ficar a mercê de um determinado contribuinte e levar sua máquina administrativa para corrigir erros perpetrados pelo próprio contribuinte na sua escrituração fiscal, erros estes, inclusive, ditos por ele próprio, desconhecidos.
5. Se, porventura, os equívocos cometidos tiveram por base centenas de notas fiscais e uma grande diversidade de bens, caberia, e cabe por obrigação, ao recorrente possuir estrutura organizacional visando manter de maneira correta a sua escrituração fiscal.

Quanto aos questionamentos feitos pela empresa em relação às questões 1 e 2, as planilhas elaboradas demonstram os respectivos montantes. Em relação à questão 3, a mesma não tem pertinência, pois os créditos glosados, ora em lide, se referem com a apropriação de crédito de produtos transferidos e não baixados no CIAP. E, por fim, acaso, houve erro de escrituração de insumos no CIAP, exclusivo para escrituração do Ativo Permanente, em primeiro, eles deveriam ser estornados pelo contribuinte. Em segundo, deveria ele demonstrar que todos os ditos insumos (não comprovados) escriturados no CIAP não tiveram a apropriação normal (total) no seu livro Registro de Apuração do ICMS, o que poderia caracterizar, inclusive, apropriação em duplicidade de créditos fiscais (quesito 4).

Em assim sendo, indefiro o pedido de realização de diligência ou mesmo de perícia contábil, conforme requerido nos termos do art. 147, I, “a” e “b” e II, “a”, “b” e “c”, todos do RPAF/BA.

No mérito, a infração 1 do presente Auto de Infração trata da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$6.178.134,49, relativo à entrada de bens do Ativo Imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação. Esta apuração teve por base os lançamentos

mensais efetuados no Registro de Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente – CIAP e aqueles registrados no Registro de Apuração de ICMS – RAICMS.

Os autuantes, de posse do CIAP e RAICM, a partir de dezembro de 2004 tomaram os valores acumulados no CIAP até dezembro de 2008 e os escriturados no RAICMS lançados conforme determinação legal (1/48 avos). Verificaram créditos lançados a maior no CIAP e os glosaram. Em seguida, também constataram que vendas realizadas com CFOP 6551 e CFOP 5551 e transferências com CFOP 6552 e CFOP 5562 não foram baixadas no CIAP, estando o contribuinte se apropriando, mensalmente, de 1/48 destes créditos fiscais não mais existentes para o estabelecimento autuado. Calcularam mensalmente, e por exercício, os créditos indevidos o acumulando, tudo conforme determinação legal. A seguir, apresentaram o crédito fiscal mensal acumulado como deveria ter sido escriturado e aquele apropriado no RAICMS (1/48 avos). Exigiram as diferenças encontradas para os exercícios de 2007 e 2008. Planilhas às fls. 18/19 dos autos.

E, para embasar com provas o que apuraram, apresentaram demonstrativos acompanhados das cópias das notas fiscais dos créditos indevidos, quais sejam:

1. Demonstrativo de Créditos Indevidos, material de uso e consumo, do CIAP DA 02336 – 20088, que corresponde à coluna de “crédito Indevido” da planilha de apuração do imposto (fls. 20/21 e 125/129 e cópias das notas fiscais fls. 25/124 e 130/248). Nestes demonstrativos estão consignados os números das notas fiscais, datas, valores, identificação dos fornecedores e o tipo de mercadoria.
2. Idem para os créditos lançados a maior, inclusive com demonstrativo de créditos a maior por mercadorias adquiridas com redução de base de cálculo (fls. 249/427).
3. Idem para as baixas não efetuadas no CIAP em relação às transferências – demonstrativos e cópias das notas fiscais às fls. 428/2050.

Na sua defesa inicial, a empresa reconhece ser devido o montante de R\$391.807,42 (fl. 2175) relativo à parte do débito exigido nos meses de janeiro e junho de 2007 e junho e dezembro de 2008, alegando reconhecer ter havido lançamentos indevido por duplicidade ou em valor maior. Não apresenta qualquer demonstrativo destes valores em duplicidade ou mesmo calculado a maior, apenas um valor final (mensal) e total.

Na sua peça recursal, volta à empresa a apresentar os mesmos argumentos expostos quando da sua inicial, que foram, todos, rechaçados pela JJF.

Preliminarmente observo que o contribuinte não discute a situação jurídica da autuação, ou seja, quando das transferências do seu Ativo Imobilizado a legislação determina que deve ele ser baixado da sua escrituração do CIAP, já que desincorporado do patrimônio do estabelecimento, não podendo mais serem utilizados os créditos na forma até então realizada. A operação passa a ter outra natureza e outros procedimentos legais a serem seguidos.

Em assim sendo, traz o recorrente dois argumentos visando desconstituir a autuação.

No primeiro, afirma que muitos dos bens desincorporados e escriturados no CIAP eram insumos, portanto tinha direito de utilizar os créditos fiscais em sua totalidade e não na forma realizada, inclusive para não ferir o princípio constitucional da não cumulatividade.

Aqui não se discute o direito constitucional do contribuinte de utilizar os créditos fiscais que possui e, sim, a forma como foram os mesmos apropriados.

O que se discute em primeiro, é que os bens foram escriturados no CIAP como pertencentes ao seu Ativo Imobilizado e, assim, não se constituindo insumos, pois estes jamais poderiam neles estar escriturado. Em segundo, se acaso, pois em momento algum comprovado, houve a escrituração de insumos como ativo imobilizado, cabe ao contribuinte, diante das determinações do art. 333, II, do Código de Processo Civil – CPC, provar a escrituração equivocada de tais

insumos e mais, provar que não utilizou seus créditos de forma regular concomitantemente com aqueles escriturados no CIAP e ambos lançados no RAICMS.

O recorrente disse estar apensando aos autos notas fiscais para provar sua argumentação, porém não o fez. Ao analisar as peças processuais, a empresa trouxe cópias de algumas notas fiscais na sua peça exordial. Entretanto elas nada provam, pois seria necessário que ele as relacionasse com aquelas lançadas no CIAP e, como disse, demonstrasse não haver duplo creditamento. Afora que as cópias das notas fiscais trazidas pelo recorrente, apenas em um exame superficial, não dizem respeito àquelas autuadas, a exemplo: em 28/5/2008 a nota fiscal autuada foi aquela de nº 1009 sendo glosado o crédito fiscal sobre a mercadoria “filtro máscara segurança quim” (fl.126). O recorrente apresenta para este dia notas fiscais da MI SWACO com diversas numerações (fls. 2223, 2226, 2227, 2228, 2239) e em nenhuma delas consta a referida mercadoria. Para o mês de agosto de 2008, apresenta a nota fiscal nº 00070 (fl. 2238) que não fez parte da autuação (fl. 126).

No mais, da análise das mercadorias (máscaras, filtros, uniformes, pen drive, lâmina de serra, arco de serra, lona locomotiva, graxa lubrificante, pregos, lanternas, etc.,) e nos demonstrativos consignados, todos são matérias de uso e consumo, cujos créditos são vedados, conforme disposição do art. 29, II, da Lei nº 7.014/97.

Em seu segundo argumento, trata das transferências de bens do ativo imobilizado do estabelecimento autuado. Afirma o recorrente que embora, aparentemente, seu procedimento tenha ferido a legislação tributária, o creditamento foi realizado de forma adequada. Explica: como não pode identificar as notas fiscais de aquisições dos diversos bens transferidos, ficou impossibilitado de baixar os créditos no CIAP. Em assim sendo, efetuou novo pagamento do ICMS incidente sobre tais remessas e manteve a apropriação do crédito anterior. Com tal posição entendeu que não causou qualquer prejuízo ao Estado e cumpriu o princípio da não cumulatividade do imposto.

Não cabe ao contribuinte determinar o procedimento a ser adotado para atendimento do princípio da não cumulatividade do imposto. Esta competência é da lei infraconstitucional e ela não permite o seu descumprimento. Assim, resta vedado ao contribuinte descumpri-la sob o pretexto de assegurar a obediência ao princípio da não cumulatividade e que não causou qualquer prejuízo ao Estado. E, como bem posicionado pelos nobres autuantes, se o Estado aceitasse este procedimento resultaria em completa falta de controle da sua receita, pois os contribuintes agiriam da forma que melhor lhe convenha sob a bandeira da não cumulatividade do ICMS. No mais, os ditos pagamentos realizados não restaram comprovados. E, casos realizados, não poderiam ser aceitos na forma como procedeu ao recorrente.

O art. 93, § 17º, V, do RICMS/BA determina que na hipótese de alienação dos bens do Ativo Permanente antes de decorrido quatro anos, contados da data de sua aquisição, não será admitido, a partir desta desincorporação, o creditamento das frações restantes dos mesmos para que não haja apropriações mensais de créditos, no RAICMS, calculadas sobre uma base de cálculo maior do que a admitida pela legislação.

Em vista do exposto a Decisão de 1ª Instância é mantida.

A respeito da infração 5 o contribuinte não traz qualquer argumento sobre o mérito da sua matéria. Pede, apenas, que seja modificado o Acórdão no que tange a indicação da multa indicada na planilha elaborada já que a Decisão foi da diminuição do seu percentual de 150% para 60%.

Ao analisar o Acórdão da JF, na planilha elaborada consta o percentual de 60%. De igual modo, na Resolução do Acórdão, onde consta que o que o valor de R\$6.222.120,53 está acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alienas “a” e “f”, e inciso VII, aliena “a” da Lei nº 7.014/96. Esta Decisão motivou a modificação no sistema informatizado desta Secretaria de Fazenda - SIGAT. Portanto, não existe qualquer saneamento a ser realizado.

Diante do exposto, voto pela NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto, mantendo inalterada a Decisão recorrida, devendo ser homologado o valor efetivamente recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **299904.0001/10-2**, lavrado contra **PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. – PETROBRÁS (PETROBRÁS RPBA EST. UNIF.)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.222.120,53**, acrescido das multas no percentual de 60% prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$90.101,01**, prevista no art. 42, IX, da mencionada lei, com os acréscimos moratórios conforme estabelecido na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o valor efetivamente recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de agosto de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

CLÁUDIA MAGALHÃES GUERRA - REPR. DA PGE/PROFIS