

A. I. N° - 269101.0002/11-4
AUTUADO - HERRENKNECHT DO BRASIL MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA.
AUTUANTE - LUIZ CESAR OLIVEIRA SANTOS
ORIGEM - INFAZ ALAGOINHAS
INTERNET - 16.12.2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0308-02/11

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. a) UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE CONSUMO. É vedada a utilização de crédito fiscal relativo a material destinado ao uso e consumo do estabelecimento. **b) ESTORNO DE DÉBITO EFETUADO IRREGULARMENTE.** Infração caracterizada. **2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MATERIAL DE USO E CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO.** É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre as entradas efetuadas em decorrência de operações interestaduais, quando os bens são destinados ao uso e consumo do estabelecimento. Infração subsistente. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Negado o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 17/06/2011, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$162.329,20, em razão de:

INFRAÇÃO 01 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material de consumo do estabelecimento, com imposto devido no valor de R\$614,08. Consta ainda da acusação que se refere à Nota Fiscal nº 9.267, originária do Estado do Rio de Janeiro, conforme Anexo 02 do Auto de Infração.

INFRAÇÃO 02 - Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$ 108.034,83, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento. Consta ainda da acusação que se referem às transferências da matriz, localizadas em São Paulo, para filial autuada, conforme Anexo 03 do Auto de Infração, relativa ao mês de maio de 2009.

INFRAÇÃO 03 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material de consumo do estabelecimento, com imposto devido no valor de R\$5.470,34. Consta ainda da acusação que se refere às Notas Fiscais nºs 39759 e 39788 originária do Estado do Rio de Janeiro, referente ao mês de maio/2009, conforme Anexo 04 do Auto de Infração.

INFRAÇÃO 04 – Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto, como o valor devido de R\$ 7.814,77. Consta ainda da acusação que se refere às Notas Fiscais nºs 39759 e 39788, objeto da infração anterior, e pagou o mesmo valor com antecipação parcial e abateu do valor a recolher do diferencial de alíquota, quando não teria direito.

INFRAÇÃO 05 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, com imposto devido de R\$1.575,35. Consta ainda da acusação que se refere à Nota Fiscal nº 10980 originária do Estado do Rio de Janeiro.

INFRAÇÃO 06 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença, no valor R\$2.250,50, entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Consta ainda da acusação que se

refere à Nota Fiscal nº 10980 originária do Estado do Rio de Janeiro. Apesar desse valor ter sido calculado no livro Registro de Entradas como antecipação parcial, página 46, não foi recolhido, conforme pode-se observar nos extratos de pagamentos contidos no anexo 1, conforme Anexo 07 do Auto de Infração

INFRAÇÃO 07 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença, no valor de R\$ 36.569,33, entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Consta ainda da acusação que se referem às transferências da matriz, localizadas em São Paulo, para filial autuada, conforme Anexo 03 do Auto de Infração, relativa ao mês de março de 2010.

O autuado, fls. 217 a 233 dos autos, impugnou o lançamento tributário arguindo, preliminarmente, nulidade, pois a constituição do crédito tributário nos estritos termos do art. 142, do CTN, não havendo relevância ao fato gerador do ICMS e o seu fator de incidência, isto é, não foi realizada a constituição do tributo (lançamento) com a identificação precisa do fato gerador levando-se em consideração tratar-se de Prestação de Serviços, junto a empresas que exploram de petróleo.

No mérito, em relação a infrações 02 e 07, diz que não foi levada em consideração pelo autuante a natureza das mercadorias adquiridas, e, inclusive transferidas pela Matriz.

Assevera que a atividade da empresa está relacionada à perfuração de poços de petróleo, locação, acompanhamento das atividades, nacionalização de mercadorias adquiridas do exterior até o fim do processo de perfuração dos poços, conf. escopo do contrato junto a PETROBRÁS. Nesse sentido, os itens discriminados nas Notas Fiscais, fazendo referência às infrações 02 e 07, referem-se a partes, peças e equipamentos integrantes e necessários ao funcionamento da sonda, que são equipamentos utilizadas para perfurar poços que permitam o acesso a reservatórios de petróleo ou gás natural. Assim, a sonda, suas partes e peças, ainda que de reposição, referem-se a equipamentos e/ou ferramentas necessárias a realização da Prestação do Serviço, que resume-se na perfuração de poços de petróleo, e, portanto, a entrada de tais sondas, partes e peças integrantes da mesma, referem-se a mercadorias adquiridas para uso na prestação do serviço, e portanto não sujeito ao ICMS diferencial de alíquota, conforme prevê o parágrafo único do art. 5º do RICMS-BA, conforme transcreveu:

Da Ocorrência do Fato Gerador para Fins de Pagamento da Diferença de Alíquotas

Art. 5º Para efeitos de pagamento da diferença de alíquotas, ocorre o fato gerador do ICMS no momento:

I - da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, quando destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento;

II - da utilização ou recepção, por contribuinte, de serviço de transporte ou de comunicação cuja prestação tiver sido iniciada em outra unidade da Federação, quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes.

Parágrafo único. Não são considerados materiais de uso ou consumo as mercadorias ou materiais adquiridos por prestador de serviços para emprego ou aplicação na prestação de serviços de qualquer natureza (anexo 1).

Aduz que o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia é claro quanto ao que refere-se ao ICMS nas aquisições para uso na prestação de serviço. A operação ainda pode ser respaldada sob a ótica do Art. 6º do RICMS – BA, onde prevê que o ICMS não incide nas situações em que não se configure o fato gerador (RICMS, Art. 6º, XVI).

Às folhas 224 a 227, transcreveu os itens das notas fiscais objeto da infrações 02 e 07 com a respectiva descrição de funções/uso dos mesmos.

Ressalta que consta na Infração 02, NF que trata especificamente de descrição denominativa “partes da máquina de sondagem”, e que a Infração Tipificada sob nº 07, refere-se a uma única NF ref. a “partes e peças para atualização da máquina de sondagem”, e, portanto, estão da mesma forma que os itens acima relacionados ao funcionamento ou a própria montagem ou manutenção da sonda, com o objetivo único e absoluto de assegurar a aplicação do serviço ao qual a sonda está intrinsecamente relacionada - perfuração de poços de petróleo.

Prosseguindo, requereu nulidade do Auto de Infração, visto que:

- a) INFRAÇÃO 01 - Cobrança do diferencial de alíquotas relativas ao movimento de JUNHO de 2009, ref. peças e partes da sonda adquiridas de pessoa jurídica situadas em outra UF. Não há porque levar em consideração a descaracterização do crédito, visto que não há débito do ICMS a título de Diferencial de Alíquota considerado que os equipamentos e peças adquiridas referem-se a uso na prestação do serviço. Improcedência da infração visto tratar-se de sonda, partes e peças para uso na prestação de serviços à PETROBRÁS. Inexistência de fato gerador do ICMS diferencial de alíquotas.
- b) INFRAÇÃO 02 Suposto ICMS Diferencial de Alíquota cobrado ref. as aquisições de mercadorias de outra UF, relativo a transferência da Matriz em São Paulo/SP em MAIO de 2009. Improcedência da infração visto tratar-se de sonda, partes e peças para uso na prestação de serviços à PETROBRÁS. Inexistência de fato gerador do ICMS diferencial de alíquotas.
- c) INFRAÇÃO 03- Cobrança do diferencial de alíquotas relativas ao movimento de MAIO de 2009, ref. peças e partes da sonda adquiridas de pessoa jurídica situadas em outra UF. Não há porque levar em consideração a descaracterização do crédito, visto que não há débito do ICMS a título de Diferencial de Alíquota considerado que os equipamentos e peças adquiridas referem-se a uso na prestação do serviço. Improcedência da infração visto tratar-se de sonda, partes e peças para uso na prestação de serviços à PETROBRÁS. inexistência de fato gerador do ICMS diferencial de alíquotas.
- d) INFRAÇÃO 04 - Cobrança do diferencial de alíquotas relativas ao movimento de JUNHO de 2009, ref. peças e partes da sonda adquiridas de pessoa jurídica situadas em outra UF. Não há porque levar em consideração a descaracterização do crédito, visto que não há débito do ICMS a título de Diferencial de Alíquota considerado que os equipamentos e peças adquiridas referem-se a uso na prestação do serviço. Improcedência da infração visto tratar-se de sonda, partes e peças para uso na prestação de serviços à PETROBRÁS. Inexistência de fato gerador do ICMS diferencial de alíquotas.
- e) INFRAÇÃO 05- Cobrança do diferencial de alíquotas relativas ao movimento de SETEMBRO de 2009, ref. peças e partes da sonda adquiridas de pessoa jurídica situadas em outra UF. Não há porque levar em consideração a descaracterização do crédito, visto que não há débito do ICMS a título de Diferencial de Alíquota considerado que os equipamentos e peças adquiridas referem-se a uso na prestação do serviço. Improcedência da infração visto tratar-se de sonda, partes e peças para uso na prestação de serviços à PETROBRÁS. inexistência de fato gerador do ICMS diferencial de alíquotas.
- f) INFRAÇÃO 06 - Cobrança do diferencial de alíquotas relativas ao movimento de SETEMBRO de 2009, ref. peças e partes da sonda adquiridas de pessoa jurídica situadas em outra UF. Improcedência da infração visto tratar-se de sonda, partes e peças para uso na prestação de serviços à PETROBRÁS. Inexistência de fato gerador do ICMS diferencial de alíquotas.
- g) INFRAÇÃO 07 Cobrança do diferencial de alíquotas relativas ao movimento de MARÇO de 2010, ref. peças e partes da sonda adquiridas de pessoa jurídica situadas em outra UF. Improcedência do auto de infração visto tratar-se de sonda, partes e peças para uso na prestação de serviços à PETROBRÁS. Inexistência de fato gerador do ICMS diferencial de alíquotas.

Entende que a multa aplicada é confiscatória, sendo inconstitucional.

Ao final, requer:

- I. Sejam acolhidas as preliminares de:
- nulidade da notificação fiscal de lançamento por inobservância ao disposto no art. 142, do Código Tributário Nacional;
 - nulidade da constituição de crédito baseado em fato gerador inexistente para efeitos do diferencial de alíquota: violação ao disposto no art. 114, 116 e 142 do CTN;

- nulidade da constituição de tributo tendo em vista a inaplicabilidade do texto legal do parágrafo único do art. 5º do regulamento do ICMS do Estado da Bahia.
- II. Na hipótese de não serem diretamente acolhidas as preliminares levantadas, requer seja julgada totalmente improcedente, em razão das inconsistências materiais na Autuação Fiscal.
- III. Na hipótese de entender pela manutenção parcial / total do Auto de Infração, que seja aplicada as penalidades cabíveis, reduzindo-se a multa aplicada, em virtude da confiscatoriedade da aplicação da multa de 60%.
- IV. Na hipótese de manutenção do Auto de Infração e prosseguimento do feito, requer que seja determinada e permitida a abertura de nova dilação probatória, sendo determinada a baixa do Auto de Infração para novas diligências e correta apuração dos fatos geradores da tributação ora em questão, com a subsequente revisão do Auto e sua redução ou extinção completa.

O autuado requereu, ainda, que os atos decisórios da impugnação sejam encaminhados ao autuado no endereço indicado à folha 233.

O autuante ao prestar a informação fiscal, fls. 436 a 440, aduz que ao iniciar a fiscalização, fez 03 (três) questionamentos à empresa através de e-mail, os quais foram respondidos da seguinte forma:

- Não há mercadorias adquiridas para estoque. Todas são adquiridas para uso na prestação de serviços.
- A operação da empresa está relacionada atualmente com a locação de máquinas e equipamentos. As peças adquiridas são peças de reposição que são utilizadas na prestação do serviço - locação.
- A empresa poderia estar cadastrada na condição especial. No entanto, a empresa possui intenção de no futuro poder realizar atividades comerciais. Salienta também a necessidade da Inscrição para que a empresa possa emitir as NFs de Circulação de Mercadorias.

Assevera que a empresa loca os seus equipamentos de perfuração de petróleo à Petrobrás, conforme se observa à fl. 335 do PAF (Contrato de Locação celebrado entre a Petrobrás e a Herrenknecht), e possui obrigações perante a contratada (Petrobrás), conforme dispositivos descritos às fls. 338 a 339 do PAF, sendo responsável pelos custos de reposição e manutenção dos seus próprios equipamentos e materiais.

A atividade (prestação de serviço) fim da área de exploração de petróleo é a perfuração de poços de petróleo de propriedade da Petrobrás, em que os materiais empregados no serviço de perfuração são todos fornecidos pela própria Petrobrás e incorporados no poço. A Herrenknecht só faz locar os equipamentos de perfuração e é responsável pela manutenção e reposição de peças de seus equipamentos conforme contrato. Sendo que, na perfuração de um novo poço de petróleo, todos os seus equipamentos são transferidos para efetuar a perfuração desse novo poço, não ficando seus materiais e equipamentos incorporados no poço anterior. Caso os equipamentos de perfuração de petróleo fossem de propriedade da Petrobrás, esta seria a responsável pela manutenção e reposição dos equipamentos e peças.

Assevera que, pela atividade do contribuinte, prestação de serviços de locação de máquinas e equipamentos para perfuração de poços de petróleo, ele é somente devedor da diferença entre a alíquota interna e a interestadual nas aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação para uso, consumo ou ativo fixo da própria empresa, quando adquire essas mercadorias com a alíquota interestadual.

Informa que o contribuinte escriturou corretamente os seus livros fiscais nos exercícios de 2008, 2009 e 2010, tendo pago regularmente a diferença de alíquota em cada mês, das mercadorias (partes e peças de reposição para os seus equipamentos) adquiridas em outras unidades da

Federação, conforme cópias do livro RE de 2009, fls. 136 a 184, do PAF, em que para cada nota fiscal de entrada interestadual o contribuinte efetuava o cálculo da diferença de alíquota no lado direito do livro, efetuava a totalização do diferencial de alíquota em cada mês e transferia o total para o livro RAICMS para o campo outros débitos, conforme cópia do livro RAICMS de 2009, fls. 185 a 210, do PAF.

Ressalta que todas as mercadorias (partes e peças de reposição) adquiridas de terceiros em outras unidades da Federação tiveram o ICMS diferença de alíquota pago corretamente. Porém, quando as aquisições de mercadorias foram provenientes da transferência da matriz em São Paulo para a filial em Catu, com a utilização da alíquota interestadual, o contribuinte não efetuou o pagamento da diferença de alíquota, situação ocorrida nos casos da Infração 02 e da Infração 07, que são as maiores, e só ocorreram em dois meses dos três exercícios fiscalizados (maio/2009 e março/2010).

No município de Catu existem várias outras empresas concorrentes da Herrenknecht, contribuintes da região fiscal de Alagoinhas, que prestam serviços de locação de equipamentos para a Petrobrás, e todas elas pagam regularmente o ICMS diferença de alíquota nas aquisições interestaduais de mercadorias (partes e peças de reposição para os seus equipamentos), não havendo razão para nulidade do Auto de Infração.

Quanto ao mérito, na infração 01, o contribuinte usou indevidamente crédito fiscal no valor de R\$ 614,08, referente à nota fiscal 9267, proveniente do Estado do Rio de Janeiro. Esse crédito fiscal indevido causou a redução do ICMS diferença de alíquota do mês de abril/2009, pois o imposto a pagar total (dif. de alíquota) do mês de abril/2009 seria R\$58.090,33, e com o uso indevido desse crédito foi reduzido para R\$57.476,25, valor esse quitado no dia 08/06/2009. O contribuinte não apresentou elementos que venham a derrubar a presente reclamação, pois sua atividade não dá direito a crédito fiscal, pois todas as mercadorias adquiridas foram para uso, e não para comercialização.

Infração 02 – o contribuinte deixou de efetuar o pagamento da diferença de alíquota na aquisição de mercadoria para uso, referente a notas fiscais contendo mercadorias para uso, objeto de transferência da empresa matriz, localizada no Estado de São Paulo, para a filial baiana.

O contribuinte não apresentou elementos que venham a derrubar a presente infração, pois não efetuou o pagamento e suas alegações são incabíveis.

Infração 03 – o contribuinte usou indevidamente crédito fiscal no valor de R\$5.470,34, referente às notas fiscais 39759 e 39788, provenientes do Estado do Rio de Janeiro, ao adquirir peças para reposição para suas máquinas/equipamentos locados para empresas de petróleo. Esse crédito fiscal indevido causou a redução do ICMS diferença de alíquota do mês de maio/2009, pois o imposto a pagar total (dif. de alíquota) do mês de maio/2009 seria R\$ 8.981,91, e com o uso indevido desse crédito foi reduzido para R\$ 3.511,77, valor esse quitado no dia 09/06/2009.

O contribuinte não apresentou elementos que venham a derrubar a presente reclamação, pois sua atividade não dá direito a crédito fiscal, pois todas as mercadorias adquiridas foram para uso, e não para comercialização.

Infração 04 – Efetuou estorno de débito do ICMS em desacordo com a legislação desse imposto.

O contribuinte, no mês de maio/2009, adquiriu as mercadorias contidas nas notas fiscais 39759 e 39788, objeto da infração anterior, e pagou o valor de R\$7.814,77, de antecipação parcial, relativa a essas duas notas fiscais. Ocorreu que na apuração do ICMS do mês de junho/2009, o diferencial de alíquota total a pagar foi de R\$12.379,42, porém, o contribuinte abateu indevidamente a antecipação parcial do mês de maio/2009, no valor de R\$7.814,77 (quitada no dia 25/06/2009), e reduziu o valor do ICMS diferença de alíquota para R\$4.564,65, quitado a maior no dia 08/07/2009. Já que, como o contribuinte opera exclusivamente com prestação de serviços, só deve diferença de alíquota, e não pode se creditar de antecipação parcial paga em mês anterior, pois seu sistema de apuração não é conta corrente fiscal. Informa que consideramos o pagamento da antecipação

parcial no valor de R\$7.814,77, como se fosse o pagamento normal da diferença de alíquota relativa a essas duas notas. O contribuinte não apresentou elementos que venham a derrubar a presente reclamação, pois sua atividade não dá direito a crédito de antecipação parcial, pois a antecipação parcial se confunde com a própria diferença de alíquota, e as mercadorias adquiridas foram para uso, e não para comercialização.

Infração 05 – o contribuinte usou indevidamente crédito fiscal no valor de R\$1.575,36, referente à nota fiscal nº 10980, proveniente do Estado do Rio de Janeiro, ao adquirir mercadorias para uso nas suas máquinas/equipamentos locados para empresas de petróleo. Esse crédito fiscal indevido causou a redução do ICMS diferença de alíquota do mês de setembro/2009, pois o imposto a pagar total (dif. de alíquota) do mês de setembro/2009 seria R\$33.385,54, e com o uso indevido desse crédito foi reduzido para R\$31.810,19, valor esse quitado no dia 15/01/2010. O contribuinte não apresentou elementos que venham a derrubar a presente reclamação, pois sua atividade não dá direito a crédito fiscal, pois todas as mercadorias adquiridas foram para uso, e não para comercialização.

Infração 06 – o contribuinte deixou de efetuar o pagamento da diferença de alíquota no valor de R\$2.250,50, na aquisição de mercadoria para uso, referente à nota fiscal 10980, proveniente do Estado do Rio de Janeiro. Apesar desse valor ter sido calculado no livro Registro de Entradas como antecipação parcial, página 46 do livro RE, não foi recolhido, conforme pode-se observar nos extratos de pagamento contidos no Anexo 01. O contribuinte não refutou a presente reclamação, pois o próprio contribuinte calculou o imposto como antecipação parcial (vide fl. 181 do PAF), e não efetuou o pagamento, ou seja, declarou a dívida e não pagou.

Infração 07 – o contribuinte deixou de efetuar o pagamento da diferença de alíquota na aquisição de mercadoria para uso, referente a nota fiscal contendo mercadorias para uso, objeto de transferência da empresa matriz, localizada no Estado de São Paulo, para a filial baiana.

O contribuinte não apresentou elementos que venham a derrubar a presente infração, pois não efetuou o pagamento e suas alegações são incabíveis.

Ao finalizar, opina pela manutenção da infração.

O PAF foi submetido à pauta suplementar no dia 25/10/2011, tendo esta 2ª.JJF decidido que o mesmo encontrava-se em condição de ser julgado.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS e aplicar multa em decorrência de 07 (sete) infrações.

Fica rejeitada a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado. Não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao Código Tributário Nacional, nem ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

Quanto aos pedidos de nulidades das infrações 01, 03 e 05, que tratam de utilização de crédito indevido referente a aquisição de material de uso e consumo, entendo que o argumento defensivo não pode ser acolhido, uma vez que os materiais objeto da autuação são partes e peças utilizados na manutenção das sondas, que são equipamentos de propriedade do autuados e são alugados para Petrobrás. As aquisições de materiais de uso e consumo não geram, ainda, direito ao crédito fiscal.

No tocante aos pedidos de nulidades das infrações 02, 04, 06 e 07, que tratam da cobrança do diferencial de alíquotas nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação destinadas ao consumo, também, entendo não assistir razão ao sujeito passivo, pois, como já mencionado acima, os materiais objeto da autuação são partes e peças utilizados na manutenção das sondas, que são equipamentos de propriedade do autuado e são alugados para Petrobrás, sendo devido o pagamento do ICMS reclamado.

Em relação a arguição de inaplicabilidade de texto do RICMS/BA, ressalto que o art. 167, III, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhido as alegações de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquene de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

Acerca do pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para formação de minha convicção em relação aos itens constante do Auto de Infração, possibilitando decidir a presente lide.

No mérito, nas infrações 01, 03 e 05 é imputado ao sujeito passivo ter utilizado crédito indevido de ICMS referente a aquisição de material de uso e consumo do estabelecimento, estando as infrações 02, 06 e 07 relacionadas as já indicadas, pois referem-se a cobrança do diferencial de alíquota sobre as aquisições de materiais de uso e consumo, tendo o autuado separado as infrações por fato gerador, atribuindo uma infração para cada mês, razão pela qual as seis infrações serão analisadas em conjunto.

A defesa alega que se trata de transferência da Matriz de partes, peças e equipamentos de reposição de sonda, que são equipamentos utilizadas para perfurar poços que permitam o acesso a reservatórios de petróleo ou gás natural, sendo portanto mercadorias adquiridas para uso na prestação do serviço, e portanto não sujeito ao ICMS diferencial de alíquota.

Analisando o contrato firmado entre o autuado e a Petrobrás constatei que o objeto do mesmo é a locação de Sonda Terrestre de Perfuração e seus equipamentos auxiliares. Consta do item 1.3 a possibilidade, inclusive, de transferência para outra “Unidade de Negócio da PETROBRÁS”. Portanto, não se trata de contrato de prestação de serviço com fornecimento de materiais. Trata-se, sem sobra de dúvida de contrato de aluguel de equipamento.

Os equipamento alugados pelo autuado é, portanto, bens de seu atívo imobilizado. Por força do contrato de locação o autuado é obrigado a manter os equipamentos em perfeito estado de uso, sendo obrigado a realizar as manutenções necessárias, inclusive, adquiridos materiais de consumo, que são as peças de reposições.

Ao adquirir os materiais de consumo o sujeito passivo realizou as compras e/ou transferências com a alíquota interestadual, ou seja, 7%, ficando obrigado a recolher para o Estado da Bahia o diferencial de alíquota de 10% (17% - 7%), relativo as infrações 01, 03 e 05.

Quanto a questão dos créditos indevidos, infrações 02, 06 e 07, apesar do autuado encontra-se cadastrado na atividade de Comércio atacadista de outras máquinas e equipamento, conforme extrato do Sistema INC- Informação do Contribuinte acostado à folha 14, conforme reconhece a própria defesa, as mercadorias adquiridas não foram destinada para comercialização. Elas forma destinadas para manutenção dos equipamentos alugados, ou seja, foram utilizadas com material de consumo. Sendo material de consumo somente a partir de 2020 é que a legislação do ICMS possibilitará a utilização do crédito fiscal.

Logo, entendo que as infrações 01, 02, 03, 05, 06 e 07 restaram caracterizadas.

Na infração 04 é imputado ao sujeito passivo ter estornado débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto, referente às Notas Fiscais nºs 39759 e 39788, objeto da infração 03, e

pagou o mesmo valor com antecipação parcial e abateu do valor a recolher do diferencial de alíquota, quando não teria direito.

Em sua defesa o autuado alega que a cobrança do diferencial de alíquotas relativas ao movimento de JUNHO de 2009, ref. peças e partes da sonda adquiridas de pessoa jurídica situadas em outra UF. Não há porque levar em consideração a descaracterização do crédito, visto que não há débito do ICMS a título de Diferencial de Alíquota considerado que os equipamentos e peças adquiridas referem-se a uso na prestação do serviço.

Na informação fiscal o autuante não acata o argumento defensivo alegando que o contribuinte, no mês de maio/2009, adquiriu as mercadorias contidas nas notas fiscais 39759 e 39788, objeto da infração 03, e pagou o valor de R\$7.814,77, de antecipação parcial, relativa a essas duas notas fiscais. Ocorreu que na apuração do ICMS do mês de junho/2009, o diferencial de alíquota total a pagar foi de R\$12.379,42, porém, o contribuinte abateu indevidamente a antecipação parcial do mês de maio/2009, no valor de R\$7.814,77 (quitada no dia 25/06/2009), e reduziu o valor do ICMS diferença de alíquota para R\$4.564,65, quitado a maior no dia 08/07/2009. Já que, como o contribuinte opera exclusivamente com prestação de serviços, só deve diferença de alíquota, e não pode se creditar de antecipação parcial paga em mês anterior, pois seu sistema de apuração não é conta corrente fiscal.

Entendo que o procedimento da fiscalização foi correto, uma vez que se o contribuinte pagou indevidamente ICMS- Antecipação Parcial e seu regime de apuração do ICMS não é o conta corrente fiscal, o mesmo não poderia abater o referido imposto, que alega ter pago de forma indevida, do ICMS devido a título de diferencial de alíquota. Cabe ao contribuinte, mediante um processo específico, requerer a restituição do valor que por ventura tenha recolhido a maior.

Logo, entendo que a infração 04 restou caracterizada.

Quanto ao pedido de redução da multa, não acato por falta de previsão legal, pois o art.158, do RPAF/99, trata somente das multas por descumprimento de obrigação acessória, que poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo, condições que não foram satisfeitas pelo contribuinte. Assim entendo que não foram atendidas as exigências acima, razão pela qual deixo de acatar o pedido do autuado.

Pelo exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269101.0002/11-4**, lavrado contra **HERRENKNECHT DO BRASIL MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$162.329,20**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “a”, inciso VII, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de dezembro de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ANGELO MÁRIO DE ARAUJO PITOMBO – JULGADOR