

A. I. N<sup>º</sup> - 269139.0001/10-7  
AUTUADO - PETRÓLEO BRASILEIRO S. A. - PETROBRÁS  
AUTUANTES - JOSÉ ELMANO T. LINS, JOSÉ ANTONIO S. SEIXAS e TÂNIA MARIA S. REIS  
ORIGEM - SAT/COPEC  
INTERNET - 16.12.2011

**2<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N<sup>º</sup> 0309-02/11**

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** ATIVO IMOBILIZADO. DEVOLUÇÃO DO ATIVO IMOBILIZADO. Infração subsistente, reconhecida pelo impugnante. **b)** A COMPLEMENTO DE ICMS NA AQUISIÇÃO DE ATIVO IMOBILIZADO. Infração subsistente, reconhecida pelo impugnante; **c)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. Os materiais em questão não são consumidos a cada processo produtivo e não integram o produto final na condição de elemento indispensável à sua produção, restando, assim, a sua destinação ao uso e consumo. Infração mantida. **d)** DEVOLUÇÃO DE RETORNO PARA ARMAZENAGEM; Infração subsistente, reconhecida pelo impugnante. **e)** MERCADORIA BENEFICIADA COM A NÃO INCIDÊNCIA. A partir do momento que foi adicionado ao petróleo, o C5+ deixou de existir como um produto individualizado. Não há porque se falar em tributação, e consequentemente em crédito fiscal, por força da imunidade constitucional. Infração mantida; **f)** FALTA DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO FISCAL. Não foram apresentados os respectivos documentos que amparem a utilização dos créditos fiscais; **g)** FALTA DE ESTORNO. OPERAÇÕES DE SAÍDAS COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. Foram excluídas as exigências relativas aos meses de janeiro, fevereiro, maio, julho, agosto e setembro de 2007, alvo de outro Auto de Infração. Infração parcialmente subsistente; **h)** ESTORNO DE DÉBITO EFETUADO IRREGULARMENTE. Infração subsistente, reconhecida pelo impugnante. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS DE COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES A CONTRIBUINTES DESTE ESTADO. RETENÇÃO A MENOS DO IMPOSTO DEVIDO. A instituição da substituição tributária do Biodiesel B100 destinado à mistura com óleo diesel nos mesmos moldes que a do óleo diesel, revela que o produto final resultante é óleo diesel que contém um percentual de Biodiesel B100, a partir de então, a alíquota correta passou a ser 25%, com a redução da base de cálculo prevista no inciso XIX do art. 87, RICMS/BA, de 40%, resultando em uma carga tributária de 15%. Infração caracterizada. 3. ZONA FRANCA. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO INTERNAMENTO DE PRODUTOS PELA SUFRAMA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Não comprovada que a remessa foi efetuada para a Zona Franca de Manaus, restando sem efeito os argumentos

apresentados, pois não pode o autuado afirmar que houve transferência interestadual de combustível, nem mesmo que as mercadorias foram para a Zona Franca de Manaus, ou até mesmo que houve operação interestadual, já que não há comprovação dessas ocorrências.

**4. BASE DE CÁLCULO. IMPORTAÇÃO.**  
**FALTA DE INCLUSÃO DAS DESPESAS ADUANEIRAS.**  
**FRETE.** Acolhida a incorreções do cálculo. Infração parcialmente mantida

**5. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS.** Infração subsistente, reconhecida pelo impugnante.

**6. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE BENS DE CONSUMO.** FALTA DE PAGAMENTO. Acolhida a arguição de redução de base de cálculo e não acolhida a arguição dos produtos serem insumo. Infração mantida parcialmente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 18/12/2008, para constituir o crédito tributário, no valor histórico de R\$4.426.905,17, em decorrência de:

Infração 01 – cód. 01.02.01: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente às mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento. Referente à devolução de ativo imobilizado - troca em garantia – nf. 122573 de 04/12/2006. ANEXO: Demonstrativo dos créditos indevidos ref. a devolução de ativo imobilizado. Exercício: 2007. ICMS no valor de R\$175,04. Multa de 60%;

Infração 02 – cód. 01.02.01: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente às mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento. Crédito indevido de ICMS relativo a complemento de ICMS na aquisição de Ativo Imobilizado. ANEXO: Demonstrativo do crédito indevido de ICMS relativo à aquisição de Ativo Imobilizado. Exercício: 2007. ICMS no valor de R\$ 1.842,43. Multa de 60%;

Infração 03 – cód. 01.03.02: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Referente a retorno de armazenagem da nota fiscal 41809, de 16/02/2006. Anexo: demonstrativo dos créditos indevidos ref. devolução de remessa para armazenagem. Exercício: 2007. ICMS no valor de R\$578,00. Multa de 60%;

Infração 04 – cód. 01.02.02: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Anexo: demonstrativo dos créditos indevidos ref. material para uso e consumo. Exercício: 2007. ICMS no valor de R\$754.632,84. Multa de 60%;

Infração 05 – cód. 01.02.04: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com não incidência do imposto. Referente ao C5+ DA UPGN – AL nota fiscal 5459 de 30/10/2007. Anexo: demonstrativo dos créditos indevidos ref. mercadorias sujeitas ao diferimento. Exercício: 2007. ICMS no valor de R\$ 113.385,63. Multa de 60%;

Infração 06 – cód. 07.10.02: Procedeu à retenção a menos do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária relativo às operações internas subsequente, nas vendas de combustível e lubrificante para contribuintes localizados neste Estado. Referente às operações com biodiesel. Anexo: demonstrativo da substituição tributária código PB65E produto biodiesel B100 unidade L20. Exercício: 2007. ICMS no valor de R\$446.056,53. Multa de 60%;

Infração 07 – 07.10.02: Deixou de recolher o ICMS devido em virtude da saída de produto industrializado para a Zona Franca de Manaus com benefício da isenção de imposto sem a

comprovação do internamento por parte da SUFRAMA. Referente às notas fiscais cujas saídas interestaduais não foram comprovadas. Exercício: 2007. ICMS no valor de R\$1.120.362,88. Multa de 60%; II a;

Infração 08 – 01.02.42: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. Valores lançados como outros créditos no Livro Registro de Apuração do ICMS, sem a apresentação do documento correspondente. Anexo: demonstrativo de valores lançados no LRAICMS sem a apresentação do documento correspondente. Exercício: 2007. ICMS no valor de R\$ 739.108,99. Multa de 60%;

Infração 09 – 01.05.03: Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal do ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequente ocorreram com redução de base de calculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução. Referente a estorno de crédito a menor nas saídas de GLP com redução da base de calculo, exercício de 2007. Anexo: demonstrativo do estorno de crédito nas saídas de GLP com redução da base de calculo. Exercício: 2007. ICMS no valor de R\$ 1.196.834,52. Multa de 60%;

Infração 10 – 01.06.01: Efetuou estorno de debito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto. Anexo: demonstrativo das notas fiscais cujo ICMS foi lançado em outros débitos em maio/2007 e estornado indevidamente em junho/2007. Exercício: 2007. ICMS no valor de R\$12.283,89. Multa de 60%;

Infração 11 – 12.01.01: Recolheu a menos o ICMS pelas importações de mercadorias, em razão de erro na determinação da base de calculo, quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembarço, quer pela utilização incorreta a taxa cambial. Anexo: demonstrativo do ICMS importação apurado e recolhido a menor. Exercício: 2007. ICMS no valor de R\$ 90,40. Multa de 60%;

Infração 12 – 03.01.01: Recolheu a menos o ICMS em decorrência de desencontro entre valores do imposto recolhido e o escriturado no livro de apuração do ICMS. Anexo: demonstrativo do valor lançado em set/2007 sem apresentação do DAE, resultando em pagamento a menos de ICMS. Exercício: 2007. ICMS no valor de R\$ 27.389,48. Multa de 60%;

Infração 13 – 06.02.01: Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestadual nas aquisições de mercadorias de outras unidades da federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Anexo: demonstrativo do diferencial de alíquotas pago a menor. Exercício: 2007. ICMS no valor de R\$ 14.164,54. Multa de 60%.

O autuado, às fls. 834 a 880, apresenta defesa aduzindo que reconhece integralmente e recolheu os valores referentes às infrações 01, 02, 03; 10 e 12, reconhece parcialmente e recolheu os valores referentes às infrações 13, na quantia de R\$ 13.184,94 e não reconhece a procedência das infração 04, 05; 06; 07; 08; 09 e 11, bem como a parcela referente à R\$976,69 da infração 13.

Aduz que a lavratura de 13 infrações resultou em limitação do direito da autuada a fruir do direito ao contraditório e ampla defesa, pois, além de dificultar o conhecimento dos fatos, inserindo diversas infrações em um único auto de infração, também dificultou a apresentação de defesa por envolver várias situações jurídicas.

Defende-se, quanto à infração 04, alinhando que os produtos sobre os quais se deu a autuação, consoante o Anexo III do auto, dentre outros, foram o Carbonato de sódio, Prochem, Polímero vegetal, Hipoclorito de sódio, Hidróxido de sódio, Tripolifosfato de sódio, Cloro, Inhibitor, Depositrol, Hypersperse, Philmplus, Spectrus, Embreak, Dianodic, Ortrol, Sulfato de alumínio, Trapo, Biomate, Resina catiônica forte amberlite, Kurinpower, que, em seu entendimento, são indispensáveis aos processos produtivos do estabelecimento autuado (RLAM). São produtos de utilização contínua e permanente, cuja falta impede a realização do processo produtivo ou altera a sua normalidade, caracterizando-se assim como insumos ou produtos intermediários imprescindíveis, incluídos entre aqueles que o RICMS/BA-97 autoriza a apropriação de créditos. Aduz que não se pode considerá-los 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.

Complementa que mesmo sob a ótica da legislação ordinária estadual, ou seja, do RICMS/97, razão não assiste aos autuantes, isto porque 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 (RLAM). Aduz que esses insumos se apresentam no processo industrial como indispensáveis para que ele aconteça. Por isso, é aplicável a norma contida no artigo 97, *a contrario sensu*, que admite o creditamento.

Afirma que são produtos químicos que se caracterizam como insumos indispensáveis ao processo industrial, razão pela qual é improcedente a autuação e inexigível a cobrança do crédito tributário ali consubstanciado. Portanto, requer o julgamento pela improcedência desta autuação.

Afiram, em relação à infração 05, que, nas transferências de petróleo em que conjuntamente é transportado o petano (C5+), a Companhia não está autorizada a apropriar o crédito de ICMS relativo ao petano, pois fisicamente a operação representaria unicamente uma transferência de petróleo, imune à incidência do ICMS, por força da norma constitucional.

Afirma que o entendimento do Fisco baiano é equivocado, diante do fato de que petróleo e petano (C5+) são produtos distintos, sendo o petano um derivado do gás natural, o que implica na sua tributação pelo ICMS e consequentemente, a permissão legal de aproveitamento do crédito desse imposto nas transferências promovidas pela PETROBRÁS, o que constitui, inclusive, matéria passível de prova pericial técnica no âmbito desse processo administrativo fiscal.

Apresenta o processo produtivo do C5+ afirmando que é resultante do fracionamento (separação de hidrocarbonetos através de variação de temperatura e de pressão) do gás natural nas Unidades de Processamento de Gás Natural da Impugnante, situada no Estado de Alagoas. Desse fracionamento do gás natural derivam três produtos: “*Gás residual que é vendido para as indústrias; GLP que é vendido para as empresas distribuidoras de combustíveis; C5+ que, por somente ter aproveitamento comercial quando em grande quantidade, é enviado para a refinaria (RLAM) mais próxima para reprocessamento. Uma vez que as unidades de Exploração e Produção (E&P) de Alagoas realizam ordinariamente a transferência de petróleo para a refinaria da Impugnante nesse Estado (RLAM), essa mesma estrutura de logística é utilizada para o envio do C5+, que então segue em conjunto com o petróleo para ser reprocessado.*”

Frisa que o C5+ objeto da presente autuação não é produzido na refinaria a partir do petróleo, mas sim nas UPGN’s a partir do gás natural, sendo apenas posteriormente enviado à refinaria, em razão desse estabelecimento industrial possuir a unidade de fracionamento necessária para o aproveitamento econômico do C5+.

Aduz que a mesma unidade que recebe o petróleo processará o C5+, assim, considera que nada mais óbvio do que aproveitar toda a infra-estrutura existente. Continua o autuado: “*É por esse motivo que os produtos (petróleo e C5+) são misturados para armazenamento e transporte até seu processamento nas refinarias, sendo, entretanto, produtos diferentes que darão origem a derivados diferentes - por exemplo, o C5+ sairá quase integralmente na Nafta Petroquímica (não combustível), enquanto o petróleo dará origem à Gasolina, Diesel, Óleo Combustível, etc., todos esses combustíveis.*”

Conclui que o C5+ não consiste em um "combustível derivado de petróleo", tanto assim que não é um produto especificado para venda como tal (não se enquadra em nenhuma especificação da ANP); tampouco é "petróleo", conforme explicado anteriormente. Assegura que tal produto não se enquadra na imunidade definida na Constituição da República, em seu art. 155, § 2º, X, b. Trata-se de um produto intermediário, que será processado em uma refinaria para dar origem a derivados, de acordo com as suas próprias características e da unidade onde será beneficiado.

Contra a tese dos autuantes entende que opera ainda o próprio Protocolo ICMS 33/03 do Confaz, do qual o Estado da Bahia é signatário, firmado entre os estados como meio de implementação do Convênio ICMS 03/99, isso porque, diante das próprias características químicas inerentes aos hidrocarbonetos, o Confaz, admitiu o armazenamento e transporte conjunto do Gás Liquefeito de Petróleo derivado do Gás Natural (GLP-GN) e do Gás Liquefeito de Petróleo derivado do Petróleo (GLP-PL), o mesmo valendo para os seus derivados. Desta forma, na medida em que o C5+ em questão é derivado do gás natural, a contribuinte Impugnante procedeu em plena conformidade com o Protocolo ICMS 33/03 ao realizar a transferência conjunta desse produto com o petróleo, identificando a quantidade do produto derivado do gás natural na nota fiscal. Significa dizer que a autuação em tela, no tocante à infração 05, representa frontal desrespeito ao Protocolo ICMS 33/03 e, por conseguinte, ao Convênio ICMS 03/99.

Complementa que, apesar da aparente "confusão física" no transporte e armazenamento, os produtos são diferentes, pois o C5+ é um produto intermediário e não um combustível, que dará origem a derivados específicos. A ele não deve ser aplicada a imunidade tributária somente por estar sendo transportado em conjunto com outro material (petróleo), assim como, *e.g.*, um produto comercial qualquer, em uma operação de devolução, tem tratamento tributário distinto de uma mercadoria em circulação (produto destinado a venda), mesmo que ambos estejam utilizando a mesma logística. Ou seja, não é o meio de armazenagem e transporte que irá definir se dado produto está ou não sujeito ao ICMS.

Pugna, também em relação a esta infração, pela produção de prova pericial, pelo qual será verificado que o petano C5+ objeto da autuação não é produzido a partir do petróleo, mas sim do Gás Natural. Ressalte-se que a Nota Fiscal referente à transferência do bem se encontra anexa a presente impugnação.

Por fim, requer o julgamento pela improcedência do Auto de Infração ora combatido, também em relação à infração 05.

Em relação à infração 06, aduz que por força do art. 512-A, § 13 e § 14, do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, nas operações de saída de biodiesel – B100 da refinaria de petróleo, este estabelecimento tem o encargo de atuar como substituto tributário por antecipação, devendo recolher o ICMS incidente nas operações subsequentes com o referido combustível.

Argumenta que de 01/05/2007 até 12/11/2007, em relação ao biodiesel B100, vigorava o dispositivo incerto no inciso XXXII, do art. 87, do RICMS/BA, por este madamente, o critério quantitativo do tributo ora em combate deveria ser constituído de tal forma que a carga tributária equivalesse a 12%, conforme segue:

*XXXII - até 30/04/2011, das operações internas de saída de biodiesel (B-100) resultante da industrialização de grãos, sebo bovino, sementes e palma, de tal forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 12% (doze por cento).*

Menciona que desde 30 de março de 2007 vigora o convênio ICMS nº 08/2007, prevendo, no parágrafo único da cláusula quarta, que o cálculo do imposto devido por substituição tributária nas operações com B100 destinado à mistura com o óleo diesel deve ser feito utilizando-se a mesma carga tributária incidente nas operações internas com o óleo diesel. Desta forma, complementa o autuado, por força do convênio do ICMS nº 08/2007, foi autorizado que os Estados passassem a praticar, para o biodiesel B100, a mesma política fiscal aplicável o óleo diesel, de tal forma que no Estado da Bahia, a teor do RIMCS/BA, a alíquota efetiva a ser aplicada sobre a operação equivalesse a 15%. Contudo, é importante citar que o convênio acima referido, além de ser de cunho autorizativo, foi internalizado pelo Decreto 10.569/07, apenas em 12 de novembro de 2007. Nesta linha, até esta data, o regramento correto sobre a tributação do biodiesel B100 foi aquele previsto no art. 87, inciso XXXII, o qual prevê alíquota efetiva de 12%. Desta forma, conclui o impugnante, a aplicação correta do Direito Intertemporal leva-nos a interpretar o Ordenamento Jurídico da seguinte forma: alíquota efetiva aplicável ao biodiesel b 100 entre 01/05/2007 e 12/11/2007 – 12%; alíquota efetiva aplicável ao biodeisel b 100 após 13/11/2007 – 15%.

Afirma que até a edição do Decreto 10.569/07, não havia um tratamento específico para o biodiesel B100, sendo, desta maneira, aplicado o dispositivo previsto no inciso XXXII do art. 87 do RICMS/BA, que de maneira genérica tratava da tributação do biodiesel, seja ele destinado, ou não, à mistura com o óleo diesel, sujeito, ou não, à substituição tributária e com a edição do decreto 10.569/07, que alterou o art. 512-B do RICMS, foi expressamente determinado, no inciso XIX, que:

*Art. 512 – B (...) IX – Nas operações com biodiesel B100, destinadas à mistura com óleo diesel, a base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária será, na falta do preço a que se refere o inciso I, o preço praticado nas operações com óleo diesel acrescido dos valores correspondentes a frete, seguro, tributos, contribuições e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, adicionados, em ambos os casos, do valor resultante da aplicação dos percentuais de margem de valor agregado indicados em Ato COTEPE para óleo diesel (Conv. ICMS 08/07), devendo ser observado:*

- a) na determinação da base de cálculo, a redução prevista no inciso XIX do art. 87;*
- b) no cálculo do valor do imposto, a alíquota prevista para o óleo diesel.*

Conclui que, a partir de então, a alíquota correta passou a ser 25%, com a redução da base de cálculo prevista no inciso XIX do art. 87, RICMS/BA, de 40%, de modo que a alíquota efetiva seja 15%. Contudo, no período anterior à edição deste instrumento normativo o regramento correto a ser aplicado é aquele previsto no art. 87, inciso XXXII, não podendo o regramento do Decreto 10.569/07 ser aplicado de maneira retroativa.

Ressalta que vigora no Direito Tributário o princípio da irretroatividade, estampado no art. 150, inciso III, alínea “a” da Constituição Federal. Portanto, não pode o Estado pretender cobrar tributo em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado.

Entende que, desta forma, a autuada procedeu corretamente em relação ao período anterior à edição do Decreto 10.569/07, tendo calculado o tributo com a alíquota efetiva de 12%, tendo modificado seu procedimento apenas após a edição do referido diploma legislativo, calculando a exação com base na alíquota efetiva de 15%.

Destaca que para as notas fiscais emitidas entre 14/11/2007 e 19/12/2007, por conta da mudança de legislação e erro na parametrização do Sistema de Faturamento, foi apurada uma diferença de imposto a pagar, perfazendo um montante de R\$ 40.184,68. Contudo, esta diferença foi paga em 31/05/2010, utilizando o benefício da Anistia Fiscal (REFIS) por meio de Denúncia Espontânea nº 6000002041/10-6. (Comprovante de pagamento acostado aos autos).

Por fim, informa que as respectivas notas fiscais relacionadas ao caso foram colacionadas ao processo administrativo fiscal no momento da lavratura do Auto de Infração. Alinha que, contudo, ainda se entenda necessário pugna-se, desde logo que, no momento adequado, a autuada seja instada a apresentá-las.

Ante todo o exposto, também em relação à infração 06 afirma que o auto de infração deve ser julgado improcedente, anulando-se em sua inteireza o crédito tributário.

No caso indicado na infração 07, assegura que se tratou de transferência de combustíveis, (NF 37867 – Querosene de Aviação; NFs 37802 e 37804 – Óleo Diesel e NF 40514 - Gasolina – A.) entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, não houve transferência de titularidade da mercadoria, mas apenas a remessa de um estabelecimento localizado no Estado da Bahia, para estabelecimento localizado no Estado de Manaus.

Alinha que o próprio Superior Tribunal de Justiça sumulou entendimento segundo o qual, Súmula 166, “Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadorias de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”.

Ademais, continua o autuado, o próprio art. 6º, inciso III, alínea “c” do RICMS/BA prevê que não incide ICMS na operação interestadual com combustíveis derivados de petróleo, quando

destinados à comercialização, industrialização, produção geração ou extração, em outra unidade da federação. Desta maneira, a não incidência do ICMS não decorre da aplicação do art. 29, inciso III, do RICMS/BA que prevê a isenção da exação na remessa de bens para a Zona Franca de Manaus, mas sim da própria sistemática do tributo, bem como do art. 6º, inciso III, alínea “c” do RICMS/BA, sendo desnecessária a comprovação da entrada efetiva dos produtos no estabelecimento destinatário, condicionante esta aplicado somente quando a isenção do tributo é aplicada em remessa da remessa do bem ter como destino a Zona Franca de Manaus.

Em razão do exposto, considera que a infração 07 deve ser julgada totalmente improcedente, anulando-se o auto de infração em relação aos valores aí consignados.

Quanto ao caso indicado na infração 08, trata-se apropriação de crédito fiscal de ICMS incidente sobre o serviço de transporte municipal de pessoas vinculadas à atividade operacional do estabelecimento autuado. Afirma o autuado que o serviço de transporte de passageiros diretamente ligados ao setor produtivo de bens sujeitos à tributação de ICMS constitui insumo industrial, possibilitando a fruição do direito ao respectivo crédito, em atendimento ao princípio constitucional da não-cumulatividade.

Argumenta que, conforme se demonstra nas notas fiscais já acostadas ao processo administrativo fiscal do qual se originou o auto de infração combatido, no momento do pagamento do serviço e respectiva emissão da nota fiscal, houve o destaque referente ao ICMS incidente sobre tal operação. Portanto, vitrificada a incidência do tributo na operação anterior, o tomador do serviço terá direito a gozar do crédito de ICMS.

Entende que o direito ao crédito de ICMS surge a partir da entrada do bem ou serviço no estabelecimento do contribuinte, sendo esta a causa suficiente para surgimento da possibilidade o contribuinte efetuar o respectivo abatimento, independente do pagamento do ICMS nas etapas anteriores. Traz decisões do STJ par confirmar tal entendimento, conformem AgRg no REsp 1065234 / RS, Agravo Regimental no Recurso Especial 2008/0128378-3. Rel. Ministro LUIZ FUX; REsp 773675 / RS, Recurso Especial 2005/0134542-2. Rel. Min. Luiz Fux.

Afirma que, no caso em debate, parcela do valor glosado pela Autoridade Fiscal, equivalente à R\$ 407.249,42, diz respeito a operações de transporte, contratado junto à Novo Horizonte Ltda. Aponta que em relação a tais contratos, há determinação exarada pelo Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, nos autos da ação cautelar inominada 92717432002, para que se realize o depósito judicial do valor do tributo à alíquota de 17%, sendo tal determinação cumprida pela autuada.

Aduz que em razão do expediente externo das atividades do cartório deste MM. Juízo encontrarem-se suspenso, provisoriamente, conforme Portaria nº CGJ – 107/2011 – GSEC anexa, o que impossibilitou a Impugnante em obter a certidão e as cópias dos comprovantes de depósitos e dos contratos e eles vinculados para instruir a presente impugnação, requer-se seja procedida intimação para que a Autuada apresente as guias de depósito no momento oportuno.

Portanto, em relação ao montante de R\$ 407.249,42, afirma que o recolhimento do ICMS é realizado por intermédio de depósito judicial.

Ressalta que, em relação ao montante de R\$ 331.859,57, o recolhimento do ICMS é feito conforme determina a regra do art. 505-A do RICMS, destacado em nota fiscal emitida pelas empresas prestadoras.

Desta forma, continua o autuado, uma vez comprovada a incidência do ICMS na operação anterior, ainda que o pagamento não seja realizado conforme entendimento exarado pelo Fisco estadual, é garantido o direito da autuada apropriar-se do respectivo crédito do ICMS, em atendimento ao princípio constitucional da não-cumulatividade, à proporção da alíquota interna referente a tributo em questão.

Portanto, também em relação à infração 08, afirma que o auto de infração ora impugnado deve ser julgado improcedente de forma a extinguir o crédito tributário constituído pela Autoridade Autuante.

Considera a infração 09 indevida, pois consoante se verifica nos termos do auto de infração 298937.0001/07-9, acostado em anexo, anteriormente a Fazenda Estadual procedeu a fiscalização do período entre 01/01/2002 a 26/12/2007, tendo sido objeto de fiscalização toda a escrituração e notas fiscais da contribuinte, relativas às operações com GLP compreendidas no mencionado período.

Desta maneira, continua o autuado, as saídas de GLP compreendidas no auto de infração ora combatido, já foram objeto de fiscalização anterior, como se comprova pelo AI 298937.0001/07-9, infração 13, que segue acostado. Entende que nas fiscalizações precedentes nas autuações anteriores, o próprio Fisco examinou todo o documentário fiscal da Companhia e diante de todos os fatos, conclui pela inexistência de infração quanto ao creditamento nas operações de saídas internas de óleo diesel que ora vem considerar como ilegais.

Tanto é assim, continua o autuado, que no auto anterior, supra referido, o Fisco não vislumbrou infração quanto às operações em questão. E isso é o ato de homologação das operações em tela, como bem identifica a doutrina:

*A homologação, por sua vez, pode ser expressa ou tácita. A homologação “expressa” deve ser entendida apenas no seu sentido de oposição à tácita. Não é necessário um ato formal e explícito de homologação, basta um ato inequívoco por parte do Fisco, através do qual restem indubioso o seu conhecimento do fato e a aceitação da atividade assim desenvolvida pelo sujeito passivo.*

Entende que nos termos do CTN (art. 149) a revisão de ofício somente é admitida quando atendidos, cumulativamente, dois requisitos: a) desde que efetivada antes do termo do prazo decadencial; b) desde que a situação fática se enquadre em uma das hipóteses do rol taxativo do dispositivo.

Apresenta o entendimento doutrinário, inclusive de Paulo de Barros Carvalho para amparar seus argumentos quanto à homologação.

Aduz que a mudança de entendimento do Fisco, quanto à manutenção de crédito em saída GLP com redução de base de cálculo, não enseja revisão do lançamento homologado, em que o contribuinte prestou corretamente todas as informações, forneceu todos os elementos fáticos e propiciou à Fazenda o pleno conhecimento dos fatos geradores. Significa dizer, continua o autuado, que os fatos sob os quais o Fisco agora entende existir infração tributária, são os mesmos sob os quais em momento anterior entendeu terem representado o perfeito cumprimento das obrigações tributárias. Complementa que o Direito não admite essa conduta incoerente.

Faz referência ao princípio da imutabilidade do lançamento (art. 145 do CTN), asseverando ainda que o próprio CONSEF tem admitido que apenas o erro de fato enseja a revisão de ofício do lançamento tributário. Nesse sentido:

*A revisão fiscal muda os parâmetros de cálculo originalmente lançados pelo autuado e conclui que o valor do débito deva ser ampliado, conforme descrito no relatório. A mudança de índice de quebra e dos preços que avaliam o estoque adquirido necessariamente alteram o “quantum debeatur”. Sendo matéria fática, apurada em revisão fiscal e fundamentada em levantamentos juntados aos autos, ..., ensejam o acatamento pela instância recursal da decisão proferida pelo órgão julgador “a quo”. (2ª Câmara de Julgamento Fiscal, Acórdão CJF n.º 0048/00 – AI 02574594/97, Rel. Tolstoi Seara Nolasco, DOE 06.02.2000).*

Conclui que a condição resolutória do art. 150 do CTN (homologação da apuração do crédito feita pelo contribuinte) foi plenamente cumprida pelo ente tributante, cujo efeito foi a constituição do crédito tributário referente ao período apurado, nos limites do lançamento homologado, o qual

não identificou nenhum descumprimento de obrigação tributária pertinente ao creditamento do imposto nas saídas de GLP.

Afirma que, diante da imposição da redução da base de cálculo do ICMS sobre o GLP, o instituto previsto para impedir a oneração do produtor contribuinte é justamente a permissão de manutenção do crédito no valor correspondente a parte proporcional da redução.

Entende que, considerando a finalidade buscada pelo Estado, diga-se, fomentar atividades econômicas diretamente vinculadas à variação do preço do GLP, constata-se que a implementação da redução de alíquota, sem respectiva manutenção equivalente do crédito fiscal da Impugnante, configura grave afronta também ao princípio da proporcionalidade (art. 2º, da Lei nº 9.784/99) que rege a atuação da Administração Pública, inclusive quanto aos seus atos de natureza tributária.

Argumenta que mesmo havendo redução da base de cálculo do ICMS, na etapa subsequente, o crédito fiscal de ICMS surgido em razão da etapa anterior resta intocado.

Por tudo o quanto exposto, considera que deve ser anulada a infração 09.

Por fim, informa-se que as respectivas notas fiscais relacionadas ao caso foram colacionadas ao processo administrativo fiscal no momento da lavratura do Auto de Infração. Contudo, ainda que Vossas Senhorias entendam necessário pugna-se, desde logo que, no momento adequado, a autuada seja instada a apresentá-las.

Quanto à infração 11, afirma em relação às DIs 07/1450736-3; 07/1063725-4 que não houve recolhimento a menor, nem infração à legislação tributária pela PETROBRÁS. Explica que, no momento de compor a base de cálculo da PIS e da COFINS, a Autoridade Autuante não considerou a redução do ICMS previsto no Convênio 52/91. Aduz que, por disposição da Cláusula primeira do referido diploma normativo, houve redução da base de cálculo do ICMS nas operações com máquinas, aparelhos e equipamentos industriais arrolados no Anexo I do Convênio 52/91, de forma que a carga tributária incidente sobre a operação em apreço seja de 8,80 %. Nessa esteira, ao desconsiderar tal fato, a Autoridade Autuante incidiu em equívoco.

Já em relação à DI 07/1063725-4, afirma que a Autoridade Autuante equivocou-se em razão da despesa de armazenagem de R\$ 50,33 já está inclusa no valor da capatazia, enquanto a fiscalização computou tal valor em duplicidade, no momento de compor a base de cálculo do ICMS.

Entende que, desta feita, o cálculo correto do tributo, em detrimento daquele apresentado na atuação, deve ser efetuado conforme tabela que anexa aos autos.

Conclui que, também em relação à infração 11, o auto de infração ora impugnado deve ser julgado improcedente de forma a extinguir o crédito tributário constituído pela Autoridade Autuante.

Em relação à infração 13 a autuada reconheceu a procedência da autuação na proporção de R\$13.184,94, visto que não existe cálculo do Diferencial de Alíquota para algumas das notas apontadas no auto de infração. Contudo em relação ao valor de R\$ 979,60 não reconhece a procedência da autuação, em razão das seguintes situações distintas, para as quais, desde logo, pugna-se pela produção de prova pericial: a) aquisição dos bens indicados nas notas fiscais 59167 e 915 sujeita-se à redução de base de cálculo prevista no convênio 52/91. Afirma que por disposição do convênio 52/91, houve redução da base de cálculo do ICMS nas operações com máquinas, aparelhos e equipamentos industriais arrolados no Anexo I do Convênio 52/91, de forma que a carga tributária incidente sobre a operação em apreço seja de 8,80 %. Nessa esteira, ao desconsiderar tal fato, a Autoridade Autuante incidiu em equívoco. Menciona que as mercadorias adquiridas por intermédio das notas fiscais 59167 e 915 constam da lista anexa ao convênio 52/91 e por isso, têm o benefício fiscal, o qual não foi considerado pela Autoridade Autuante no momento da Lavratura da Infração. Conclui que o cálculo efetuado pela autuada expressou corretamente o valor do tributo a ser pago, não tendo procedência os argumentos e o valor indicado pela Autoridade Fiscal, sendo o caso de se julgar a procedência da autuação,

também neste ponto. Por fim, informa que as respectivas notas fiscais encontram-se anexas à presente impugnação; b) notas fiscais 701 a 704, 35895, 35896, 35865, 35866 dizem respeito à aquisição de insumos de produção, não sendo devida a incidência do difal. Aduz que o diferencial de alíquota – DIFAL é instrumento utilizado para repartir entre os estados produtores e consumidores o montante da arrecadação do ICMS, sendo aplicado nas operações e prestações interestaduais que destinem bens e serviços a consumidores finais que sejam contribuintes de ICMS. Menciona que o DIFAL não se aplica quando se trata da aquisição de bens que irão integrar o processo produtivo do estabelecimento empresarial, acaso o bem adquirido seja consumido na cadeia produtiva ou venha integrar o produto final, não há incidência do Diferencial de Alíquota. Afirma que as notas fiscais acima indicadas serviram para acobertar a aquisição de cloreto de sódio, bem classificado como insumo de produção, uma vez que é consumido durante o processo produtivo. Desta feita, o negócio jurídico de compra de tal bem não se sujeita à incidência do ICMS. Portanto, em razão da não incidência do ICMS, a autuação padece de legalidade, devendo ser julgada improcedente. Por fim, informa que as respectivas notas fiscais relacionadas ao caso foram colacionadas ao processo administrativo fiscal no momento da lavratura do Auto de Infração; c) improcedência do lançamento em relação às notas fiscais 266 e 533. Alinha que, em relação à nota fiscal 266, no negócio jurídico de aquisição, houve incidência de ICMS à alíquota de 7%, portanto, o cálculo correto do DIFAL corresponde à aplicação da alíquota de 10%, o que gera o valor de R\$331,25 e não R\$342,29, conforme reclamado pela autoridade autuante. Portanto, o cálculo efetuado pela autuada está correto, sendo o valor exigido pelo fiscal maior que o valor efetivamente devido. Em relação à nota fiscal 533, o DIFAL foi calculado na NF 540 DE 23/08/2007, em complemento ao documento fiscal anterior. Complementa que, em vista do exposto, também neste ponto o auto de infração deve ser julgado improcedente, procedendo-se a anulação do crédito fiscal aí constituído.

Por fim, informa que as respectivas notas fiscais relacionadas ao caso foram colacionadas ao processo administrativo fiscal no momento da lavratura do Auto de Infração. Contudo, ainda que se entenda necessário pugna-se, desde logo que, no momento adequado, a autuada seja instada a apresentá-las.

Conclui e impugnação requerendo que seja declarada a nulidade do Auto de Infração nº 269139.0001/10-7 em razão da ofensa aos princípios do contraditório e ampla defesa. Na eventualidade de ser superado tal argumento, pugna-se que seja julgado improcedente o auto de infração nº 299904.0001/10-2, anulando-se as infrações imputadas conforme os argumentos acima expendidos, homologando-se o pagamento já efetuado.

Protesta pela produção de todos os meios de prova admitidos pelo direito, em especial a produção de prova documental e a pericial contábil e técnica reservando-se ao direito de nomear assistente técnico no momento em que for deferida a respectiva perícia.

Os autuantes, às fls. 951 a 962, dos autos apresentam a informação fiscal aduzindo que, em relação à infração 04, afirmam que a Autuada em sua defesa alega que são produtos alinhados pelos autuantes são de utilização contínua e permanente, cuja falta impede a realização do processo produtivo ou altera a sua normalidade. E como tal, se caracterizam como insumos ou produtos intermediários imprescindíveis, incluídos entre aqueles que o RICMS-BA/97 autoriza a apropriação de créditos, no entanto, ao discorrer sobre a utilização de alguns materiais, afirmam que fica evidenciada a utilização dos mesmos para tratamento e controle de água e efluentes, a exemplo do carbonato de sódio, biomate, tripolifosfato de sódio, sulfato de alumínio e outros; para limpeza e conservação de equipamentos, caso dos desengraxantes e inibidores de corrosão.

Consigna que por diversas vezes este 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 de estabelecimentos da Autuada.

Relatam que na execução dos trabalhos de fiscalização, realizaram pesquisas junto ao contribuinte, através de intimação, seus fornecedores, sites especializados, para dirimir dúvidas a

respeito da aplicabilidade dos materiais tendo sido glosados os créditos dos materiais conforme demonstrativo anexo ao auto.

Aludem que, infelizmente de alguns materiais não conseguiram coletar informações a respeito da sua utilização, outros, não aparecem descrição do material nos arquivos magnéticos e as respectivas notas fiscais não foram localizadas, e como a autuada, mesmo sendo intimada, não apresentou justificativa plausível de sua utilização, tiveram seus créditos glosados.

Asseguram ter constatamos 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. Com efeito, a sua utilização visa promover a conservação dos equipamentos industriais aumentando, em tese, sua vida útil, tratamento da água a ser utilizada na planta industrial 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.

No que se refere à infração 05, afirmam que a Autuada alega equívoco do Fisco baiano em não autorizar a Companhia a se apropriar do crédito de ICMS relativo ao petano, pois fisicamente a operação representaria unicamente uma transferência de petróleo, imune à incidência do ICMS, por força da norma constitucional, diante do fato de que petróleo e petano (C5+) são produtos distintos, sendo o petano um derivado do gás natural, o que implica na sua tributação pelo ICMS e consequentemente, a permissão legal de aproveitamento do crédito desse imposto nas transferências promovidas pela PETROBRAS.

Assinalam que, conforme diligência efetuada, Processo nº 082655-2009, para o AI 298937.0001/09-5 pelo Auditor Fiscal Marcelo Mattedi, que discorre sobre os conceitos de petróleo e C5+, o petróleo é “uma mistura constituída predominantemente por hidrocarbonetos, que ocorre na natureza nos estados sólido, líquido e gasoso”, enquanto o C5+, também chamado de gasolina natural, é “uma mistura de hidrocarbonetos que se encontra em estado líquido em certa pressão e temperatura, composta de petano (C5) e outros hidrocarbonetos pesados”.

Afirmam os autuantes que a defesa descreve a operação onde o C5+ é separado do gás natural em uma Unidade de Processamento de Gás Natural – UPGN, situada nos Estados de Sergipe, Alagoas e Rio Grande do Norte. Como a quantidade produzida é pequena, o C5+ é adicionado ao petróleo que é remetido para a autuada, que atua no refino de petróleo e está situada no Estado da Bahia.

Argumentam que tanto o petróleo quanto o C5+ são misturas de hidrocarbonetos. Logo, ao ser misturada uma pequena quantidade de C5+ ao petróleo este não perderá suas propriedades físico-químicas e continuará sendo petróleo. Asseguram que, assim o produto efetivamente transportado é petróleo.

Aduzem que a separação do C5+ adicionado ao petróleo para ser transportado, não é possível, porque como o petróleo também é constituído por uma mistura de hidrocarbonetos, o C5+ que pode ser separado é uma mistura do C5+ originalmente contido no petróleo com o C5+ originado de gás natural e adicionado ao petróleo para ser transportado. Em resumo, entre petróleo e C5+, mas não daquele C5+ que foi adicionado ao petróleo para ser transportado, pode ser efetuada a separação.

Alinharam que, no caso em tela, para resolver um problema de logística, o C5+ foi diluído em petróleo. Caso o C5+ tivesse sido transportado separadamente, teria tributação normal, mas, a partir do momento que foi adicionado ao petróleo, o C5+ deixou de existir como um produto individualizado, como bem disse a autuada. Sendo assim, em nosso entendimento, não há porque se falar em tributação, e consequentemente em crédito fiscal, por força da imunidade constitucional.

Desse modo, conforme explicado, mantêm a autuação na íntegra.

Quanto à infração 06, argumentam que o contribuinte alega que de 01/05/2007 até 12/11/2007, em relação ao biodiesel B100, vigorava o dispositivo incerto no inciso XXXII, do art. 87, do RICMS/BA, que por este mandamento, o critério quantitativo do tributo ora em combate deveria ser constituído de tal forma que a carga tributária equivalesse a 12%.

Afirmam os autuantes que, “até a edição do Decreto 10.569/07, não havia um tratamento específico para o Biodiesel B100, sendo, desta maneira, aplicado o dispositivo previsto no inciso XXXII do art. 87 do RICMS/BA, que de maneira genérica tratava da tributação do Biodiesel, seja ele destinado, ou não, à mistura com o Óleo Diesel, sujeito, ou não, à substituição tributária.

XXXII - até 30/04/2011, das operações internas de saída de biodiesel (B-100) resultante da industrialização de grãos, sebo bovino, sementes e palma, de tal forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 12% (doze por cento);

Com a celebração do Convênio ICMS de 30-03-2007, instituiu-se o regime de substituição tributária do ICMS nas operações com Biodiesel regulamentado pelo Decreto 10.569/07, que alterou o art. 512-B do RICMS, foi expressamente determinado, no inciso IX, que:

Art. 512 – B (...) IX – Nas operações com biodiesel B100, destinadas à mistura com óleo diesel, a base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária será, na falta do preço a que se refere o inciso I, o preço praticado nas operações com óleo diesel acrescido dos valores correspondentes a frete, seguro, tributos, contribuições e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, adicionados, em ambos os casos, do valor resultante da aplicação dos percentuais de margem de valor agregado indicados em Ato COTEPE para óleo diesel (Conv. ICMS 08/07), devendo ser observado:

- a) na determinação da base de cálculo, a redução prevista no inciso XIX do art. 87;
- b) no cálculo do valor do imposto, a alíquota prevista para o óleo diesel.

Ressalte-se que a instituição da substituição tributária do Biodiesel B100 destinado à mistura com óleo diesel nos mesmos moldes que a do óleo diesel, assevera a real situação, ou seja, o produto final resultante é óleo diesel que contém um percentual de Biodiesel B100, a partir de então, a alíquota correta passou a ser 25%, com a redução da base de cálculo prevista no inciso XIX do art. 87, RICMS/BA, de 40%, resultando em uma carga tributária de 15%.”

Assim, concluem que deve ser mantida a autuação, ressaltando que o valor do pagamento da Denúncia Espontânea nº 6000002041/10-6, feita quando o contribuinte estava sob ação fiscal, inclusive utilizando demonstrativo feito pela fiscalização, seja utilizado para abatimento no valor desta infração, o qual corresponde às notas fiscais emitidas entre 14/11/2007 e 19/12/2007.

No que se refere à infração 07, afirmam que a autuada contesta a infração alegando, tratar-se de transferência de combustíveis, entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica. Desta feita, não houve transferência de titularidade da mercadoria, mas apenas a remessa de um estabelecimento localizado no Estado da Bahia, para estabelecimento localizado no Estado de Manaus, não tendo havido circulação jurídica de mercadoria, mas mera transferência entre estabelecimentos. Alega ainda, que o próprio art. 6º, inciso III, alínea “c” do RICMS/BA prevê que não incide ICMS na operação interestadual com combustíveis derivados de petróleo, quando destinados à comercialização, industrialização, produção geração ou extração, em outra unidade da federação.

Aduzem os autuantes que o Artigo 29 do RICMS/BA explicita os procedimentos a serem observados quando das remessas para Zona Franca de Manaus:

Art. 29. São isentas do ICMS as operações com produtos industrializados de origem nacional, nas saídas para comercialização ou industrialização na Zona Franca de Manaus, exceto armas, munições, perfumes, fumo, bebidas alcoólicas, automóveis de passageiros e açúcar de cana, observado o seguinte (Convs. ICM 65/88 e 45/89, e Convs. ICMS 25/89, 48/89, 62/89, 80/89, 01/90, 02/90 e 06/90):

I - salvo disposição em contrário, o benefício é condicionado a que o estabelecimento

*destinatário esteja situado no Município de Manaus;*

*II - o estabelecimento remetente deverá abater do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção, indicado expressamente na Nota Fiscal;*

*III - a isenção é condicionada à comprovação da entrada efetiva dos produtos no estabelecimento destinatário;*

(...)

*VII - o contribuinte que pretender efetuar remessa de mercadorias para a Zona Franca de Manaus ou outras áreas da Amazônia com o benefício de que cuida este artigo deverá observar as regras contidas nos arts. 597 e 598;*

#### *Dos Documentos Fiscais e da Comprovação de Entrega na Suframa*

*Art. 597. Na saída de produtos industrializados de origem nacional remetidos a contribuinte do ICMS localizado na Zona Franca de Manaus e outras áreas da Amazônia com isenção do imposto, atendidos os critérios e condições previstos para cada caso, a Nota Fiscal será emitida, no mínimo, em 5 vias, que terão a seguinte destinação (Ajuste SINIEF 02/94):*

(...)

(...)

*§ 4º O contribuinte remetente deverá conservar pelo prazo mencionado no art. 144 os documentos relativos ao transporte das mercadorias, assim como o documento expedido pela SUFRAMA relacionado com o internamento das mercadorias (Ajuste SINIEF 07/97).*

Explicam os autuantes que, das sessenta e oito remessas efetuadas para a Zona Franca de Manaus todas a título de transferências através dos CFOPS 6152 (transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros), 6552 (transferência de bem do ativo) e 6659 (transferência de combustível ou lubrificante adquirido ou recebido de terceiro), apenas as quatro notas fiscais em questão não possuíam comprovante de internação na SUFRAMA.

Consignam que corrobora com a autuação a não comprovação de que efetivamente a remessa foi efetuada para a Zona Franca de Manaus. Concluem que, deste modo, não podem afirmar que houve transferência interestadual de combustível.

Mantêm a autuação na íntegra.

Para a infração 08, os autuantes afirmam que, com relação ao valor de R\$407.249,42, relativo às operações de transporte junto à Novo Horizonte Ltda., e que segundo o contribuinte, em relação a tais contratos há determinação exarada pelo Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, nos autos da ação cautelar inominada 92717432002, para que se realize o depósito judicial do valor do tributo à alíquota de 17%, o contribuinte não comprovou tal fato durante a fiscalização, conforme intimação em anexo, nem por ocasião da defesa.

Quanto ao montante de R\$331.859,57, o contribuinte argumenta que o recolhimento do ICMS é feito de acordo com o art. 505-A do RICMS, conforme destacado em nota fiscal emitida pelas empresas prestadoras, porém não anexou tais notas em sua defesa para análise.

Diante do exposto mantêm integralmente a ação fiscal relativa à infração oito.

Em relação à infração 09 afirmam que procedem em parte os argumentos da autuada. Na descrição da infração 13, do Auto de Infração 298937, 0001/07-9, menciona que o estorno de crédito efetuado pela autuada, a menor, abrange o período de janeiro de 2002 a setembro de 2007, e não 26/12/2007 como afirma a autuada em sua defesa. Portanto, as infrações lançadas nos meses de janeiro, fevereiro, maio, julho, agosto e setembro de 2007, devem ser excluídas da autuação, permanecendo os valores relativos aos meses de novembro e dezembro de 2007, período não abrangido na fiscalização anterior.

Aduzem que, com relação ao GLP o contribuinte já faz o estorno proporcional de crédito de ICMS. Ocorre que nos meses de novembro e dezembro de 2007 esse estorno proporcional de crédito de ICMS foi efetuado a menor pelo contribuinte.

Com relação às alegações da defesa de interferência do Estado da Bahia no preço final do GLP, entendem que não procedem, pois não é competência do Estado da Bahia fixar preço dos produtos aos consumidores.

Portanto, afirmam que, após as alterações acima a infração 09 passa a ter o seguinte valor: R\$324.518,02.

Em relação à infração 11, afirmam que o contribuinte argui que os valores do PIS e da COFINS foram lançados a maias pelos autuantes, no entanto não anexou os comprovantes com o recolhimento a menor. Ao contrário do que afirma a defesa, aduzem que os valores do PIS e da COFINS foram obtidos a partir de informações da própria autuada, conforme documentos anexos ao PAF, como segue: DI 07/1450736-3, fl. 769; DI 07/1063725-4, fl. 741. Portanto as alterações somente poderiam ser efetuadas com base em comprovantes. Foi ajustado o valor relativo a DI 07/1155645-2. Total do débito: R\$88,37.

Quanto à infração 13, afirmam que procedem os argumentos do contribuinte em relação às notas fiscais 59167 e 915, não gerando diferenças no DIFAL. Com relação às notas fiscais 701 a 704, 35895, 35896, 35865, 35866 que, segundo o contribuinte, refere-se a insumos da produção não sendo devido o DIFAL, afirmam que não procede, pois tais notas fiscais documentam a aquisição de material de consumo, como pode ser constatado pela escrituração fiscal do contribuinte quando lançou tais produtos com o CFOP 2556, não gerando crédito fiscal de ICMS. Refere-se à aquisição de Cloreto de Sódio, sendo devido, portanto, o pagamento do DIFAL.

Com relação à nota fiscal 266, cujo CFOP 2912 - Entrada de mercadoria ou bem recebido para demonstração, afirmam que indica o recebimento de mercadoria para demonstração, “um conj. de smartpilot de um painel local E”, não sendo identificado o retorno no ano de 2007.

Diante do exposto, feitas as alterações, o valor do débito, passou a ser R\$14.007,98.

Concluindo, mantêm integralmente a ação fiscal, com exceção das infrações 9, 11 e 13, cujos valores foram alterados.

O autuado volta a se manifestar, às fls. 973 a 994, reiterando o pedido de decretação da nulidade do Auto de Infração ora combatido, uma vez que houve ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Quanto à infração 04, afirmam que os autuantes aduzem que realizaram pesquisas junto ao contribuinte, através de intimação, fornecedores e sites especializados, para dirimir dúvidas a respeito da aplicabilidade dos materiais. Contudo, não será por intermédio deste tipo de conduta que a Fiscalização conseguirá determinar qual a aplicabilidade de cada insumo adquirido pela autuada. Afirma que a produção de petróleo e o refino dos seus derivados fazem parte de uma cadeia produtiva de grande complexidade e elevado grau de especialização, por vezes, um mesmo produto pode ser entendido como bem de uso/consumo em algumas atividades e como insumo de produção em outras. Entende que, nesta linha, somente profissionais da área de petróleo, que tenham conhecimento e especialização na área poderão determinar com clareza a utilização dos produtos e a classificação como bem de uso/consumo ou insumo de produção, necessitando de prova pericial.

Quanto as infração 05, 06 e 07, reitera os argumentos já alinhados em sua defesa inicial.

Quanto à infração 08 afirma que as Autoridades Autuantes, na informação fiscal, não afastam a matéria de direito que permite e fundamenta a apropriação de crédito fiscal de ICMS sobre o serviço de transporte intermunicipal de pessoas ligadas à atividade produtiva, simplesmente argumentam que não houve apresentação dos respectivos documentos comprobatórios.

Afirma, mais uma vez que, no caso em debate, parcela do valor glosado pela Autoridade Fiscal, equivalente à R\$407.249,42, diz respeito a operações de transporte, contratado junto à Novo Horizonte Ltda., que em relação a tais contratos, há determinação exarada pelo Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, nos autos da ação cautelar inominada 92717432002, para que se realize o depósito judicial do valor do tributo à alíquota de 17%, sendo tal determinação cumprida pela autuada. Contudo, em razão do expediente externo das atividades do cartório deste MM. Juízo encontrarem-se suspensa durante o prazo para apresentação da impugnação ao auto de infração, conforme Portaria nº CGJ – 107/2011 – GSEC anexada ao presente Processo Administrativo Fiscal, restou impossibilitadas a juntada dos respectivos documentos comprobatórios dos depósitos.

Consigna que, recentemente, em razão da lavratura do Auto de Infração 279469.0001/10-3, a autuada mais uma vez diligenciou junto à 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador e obteve cópia integral da ação cautelar inominada 92717432002, a qual foi juntada ao processo originado em razão da lavratura deste auto, nº SIPRO 058509/2011-9. Desta feita, requer, seja retirada cópia de tais documentos e trasladados para o presente PAF.

Afirma que, todavia, acaso os Senhores Julgadores entendam que o traslado dos referidos documentos não é possível, requer seja procedida intimação para que novamente a Autuada diligencie junto ao Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador e obtenha as respectivas cópias, acostando-as ao presente processo.

Quanto ao montante de R\$331.859,57 a Autuada informa que durante o Procedimento Fiscal todos os documentos fiscais foram disponibilizados para as Autoridades Fiscais, estando eles acostados aos presentes PAF. Contudo, ainda que entendam necessário, requer determinem a juntada das respectivas notas fiscais.

Em se tratando da infração 09, afirma que em sede de informações fiscais, as Autoridades Autuantes reconhecem que as infrações lançadas nos meses de janeiro, fevereiro, maio, julho, agosto e setembro de 2007 devem ser excluídas da autuação, uma vez que tais períodos já foram alvo de fiscalização/autuação por intermédio do auto de infração 298937.0001/07-9. Contudo, indevidamente, não reconhece o mesmo fato em relação aos períodos de novembro e dezembro de 2007.

Menciona que esses dois últimos meses também foram abrangidos pela fiscalização, pois o próprio auto de infração indica que o período fiscalizado compreende o período de 01/01/2002 a 26/12/2007. Portanto, além dos meses referidos pelas Autoridades Autuantes também devem ser afastados da autuação os meses de novembro e dezembro de 2007.

Entende que, nas fiscalizações que precederam a presente autuação, também em relação aos meses de novembro e dezembro de 2007, o próprio Fisco examinou todo o documentário fiscal da Companhia e diante de todos os fatos, conclui pela inexistência de infração quanto ao credidamento nas operações de saídas internas de óleo diesel que ora vem considerar como ilegais.

Reitera todos os argumentos colacionados na inicial no sentido de que o não afastamento dos meses de novembro e dezembro da autuação acabará por ensejar revisão indevida do lançamento.

Além disso, ratifica todos os fundamentos que indicam pela constitucionalidade da manutenção integral de crédito fiscal de ICMS nas operações beneficiadas com base de cálculo reduzida.

Por tudo o quanto exposto, entende que deve ser anulada a infração 09, afastando-se as informações trazidas pelas Autoridades Autuantes.

Quanto à infração 11, afirma que as Autoridades Autuantes afirmam que a Autuada não colacionou aos autos o comprovante de recolhimento do PIS/COFINS calculado com a aplicação da redução de base de cálculo prevista no Convênio 52/91, por isso, a base imponível do ICMS foi calculada considerando-se o valor da PIS/COFINS sem a respectiva redução. Contudo, ainda que a

Autuada tenha se equivocado e expressado o valor da PIS/COFINS sem aplicação do respectivo benefício fiscal, o cálculo do ICMS deve ser feito utilizando o valor correto da PIS/COFINS, uma vez que vigora no Direito Tributário o princípio da primazia da realidade.

Afirma que na edição dos atos administrativos e, sobretudo, no ato de constituição do crédito tributário, a Administração Pública deve sempre se pautar pela busca da verdade real, também conhecido com princípio da busca da verdade material. O efetivo conhecimento dos fatos é indispensável para que haja a escorreita aplicação da lei.

Desta forma, argumenta que a composição do ICMS deve ser feita levando em conta os reais valores da PIS/COFINS, ou seja, considerando-se a redução da base de cálculo. Ainda que haja equívoco da Autuada, o Estado não pode pretender aplicar o ICMS sobre valores que na realidade sequer são devidos a título de PIS/COFINS.

Reitera todos os argumentos expendidos na impugnação, requerendo que também seja julgada improcedente a infração 11 do Auto de Infração em epígrafe.

Quanto à infração 13, afirma que quanto: a) notas fiscais 59167 e 915 sujeita-se à redução de base de cálculo prevista no convênio 52/91. Argumento apresentado na impugnação ratificado pelas Autoridades Autuantes e o montante foi excluído da Autuação. b) notas fiscais 701 a 704, 35895, 35896, 35865e 35866 dizem respeito à aquisição de insumos de produção, não sendo devida a incidência do DIFAL. As Autoridades Autuantes argumentam que os bens adquiridos por intermédio destas notas fiscais não podem ser considerados insumos de produção, uma vez que tratam de material de uso/consumo. Contudo, é indubitável que tais bens fazem parte da cadeia produtiva da Autuada, estando dentro das mercadorias que não exigem o recolhimento do DIFAL.

Afirma que, ocorrida uma grande diversidade de produtos adquiridos pela autuada e aplicados ao processo industrial a descoberta sobre a aplicação de cada um dos bens exige um esforço técnico mais apurado, não se mostra adequado que o estudo sobre a utilização de cada produto seja feito por pessoa que não atue em profissão diretamente ligada à indústria do petróleo/refino. Entende necessário a elaboração de prova pericial para que fique comprovado que os bens referidos na presente autuação dão direito ao crédito fiscal de ICMS. c) improcedência do lançamento em relação às notas fiscais 266 E 533. Reitera-se todos os argumentos apresentados na Impugnação, requerendo o julgamento pela improcedência do Auto de Infração.

Requer o deferimento de produção de prova pericial, conforme fora requerido acima, reservando-se para apresentar os respectivos quesitos no momento oportuno, ante a grande complexidade da matéria envolvida; a intimação da Autuada para acostar aos Autos somente aqueles documentos fiscais que ainda não foram disponibilizados à fiscalização e que Vossas Senhorias entendam determinante para o julgamento da impugnação, nos termos dos pedidos deduzidos acima; ao fim declarar a improcedência do auto de infração nº 269139.0001/10-7, nos moldes em que foi apresentada a impugnação, e também a presente manifestação.

A 2<sup>a</sup> JJF, em Pauta Suplementar, à fl. 1036, objetivando melhores esclarecimentos e oferecendo a oportunidade para o autuante se manifestar, deliberou que o processo fosse encaminhado à Infaz de origem para que os autuantes apresentem nova informação fiscal, com base na última manifestação do impugnante, inclusive sobre o seu pedido de perícia técnica e contábil.

Os autuantes, às fls. 1040 a 1043 dos autos, atendo ao pedido de diligência apresentam nova informação fiscal, afirmando que, em relação à Infração 04 – cód. 01.02.02: O contribuinte alega que os produtos constantes da infração 4 são produtos indispensáveis ao processo, e por isso considerados insumos, o que daria direito ao crédito de ICMS. Segundo os autuantes, ocorre que o RICMS/BA, no seu artigo 93, parágrafo 1º, Inciso I, define que os produtos para darem direito ao crédito de ICMS devem atender as seguintes condições: além de serem indispensáveis, devem ter vinculação com o processo de industrialização, serem consumidos neste processo de industrialização, ou integrarem o produto final, fato não verificado na autuação efetuada,

portanto foram considerados produtos de uso e consumo consequentemente sem direito ao crédito de ICMS.

Afirmam que, com base nas informações fornecidas pelo contribuinte, acerca da utilização dos produtos autuados (fls. 693 a 696 do PAF), os mesmos se incluem na condição de material de uso consumo, porque, embora sejam indispensáveis a atividade industrial, não atendem às demais condições: 1) não tem vinculação com o processo de industrialização como elemento utilizado diretamente na transformação do produto; 2) embora alguns produtos tenham sido consumidos, não foi diretamente no processo de transformação do produto (industrialização); e 3) não integram o produto final. Na atividade industrial do contribuinte, tais produtos foram consumidos na proteção de equipamentos, limpeza, etc.

Aduzem que nenhum dos produtos autuados são insumos de produção. Os insumos não foram objeto de autuação. Os créditos foram glosados em sua maioria nos produtos que tem a sua função primeira na proteção de equipamentos como antiincrustantes, antioxidantes, inibidores de corrosão, etc.

Diante do exposto mantêm integralmente a ação fiscal.

Afirmam que, quanto à infração 05, que não há fato novo.

Em relação à infração 06, consignam, mais uma vez que, o contribuinte alega que de 01/05/2007 até 12/11/2007, em relação ao biodiesel B100, vigorava o dispositivo incerto no inciso XXXII, do art. 87, do RICMS/BA, que por este mandamento, o critério quantitativo do tributo ora em combate deveria ser constituído de tal forma que a carga tributária equivalesse a 12%.

Argumentam os autuantes que, até a edição do Decreto 10.569/07, não havia um tratamento específico para o Biodiesel B100, sendo, desta maneira, aplicado o dispositivo previsto no inciso XXXII do art. 87 do RICMS/BA, que de maneira genérica tratava da tributação do Biodiesel, seja ele destinado, ou não, à mistura com o Óleo Diesel, sujeito, ou não, à substituição tributária.

*XXXII - até 30/04/2011, das operações internas de saída de biodiesel (B-100) resultante da industrialização de grãos, sebo bovino, sementes e palma, de tal forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 12% (doze por cento);*

Aduzem que, com a celebração do Convênio ICMS de 30-03-2007, instituiu-se o regime de substituição tributária do ICMS nas operações com Biodiesel regulamentado pelo Decreto 10.569/07, que alterou o art. 512-B do RICMS, foi expressamente determinado, no inciso IX, que:

*Art. 512 – B (...) IX – Nas operações com biodiesel B100, destinadas à mistura com óleo diesel, a base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária será, na falta do preço a que se refere o inciso I, o preço praticado nas operações com óleo diesel acrescido dos valores correspondentes a frete, seguro, tributos, contribuições e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, adicionados, em ambos os casos, do valor resultante da aplicação dos percentuais de margem de valor agregado indicados em Ato COTEPE para óleo diesel (Conv. ICMS 08/07), devendo ser observado:*

- a) na determinação da base de cálculo, a redução prevista no inciso XIX do art. 87;*
- b) no cálculo do valor do imposto, a alíquota prevista para o óleo diesel.*

Ressaltam que a instituição da substituição tributária do Biodiesel B100 destinado à mistura com óleo diesel nos mesmos moldes que a do óleo diesel, assevera a real situação, ou seja, o produto final resultante é óleo diesel que contém um percentual de Biodiesel B100, a partir de então, a alíquota correta passou a ser 25%, com a redução da base de cálculo prevista no inciso XIX do art. 87, RICMS/BA, de 40%, resultando em uma carga tributária de 15%.

Afirmam não haver fato novo nessa infração deste modo só têm a reafirmar que o contribuinte reconhece parte do débito, quando efetuou o pagamento dos valores referente ao objeto desta infração, mesmo estando sob ação fiscal, usando para isto, uma planilha que lhe foi enviada pela fiscalização com o intuito de obter informações sobre o assunto. Portanto, mantêm a autuação,

ressaltando que o valor do pagamento da Denúncia Espontânea nº 6000002041/10-6, feita quando o contribuinte estava sob ação fiscal, seja utilizado para abatimento no valor desta infração, o qual corresponde às notas fiscais emitidas entre 14/11/2007 e 19/12/2007.

Em relação à infração 07, ratificam os argumentos já apresentados na informação fiscal anterior, reavivando que para ter direito a isenção nas remessas para Zona Franca de Manaus é necessária a comprovação da entrada efetiva dos produtos no estabelecimento destinatário, conforme estabelece o Art. 29, Inciso III, do RICMS/ BA.

Insistem que diante do fato de que o contribuinte não apresentou a comprovação, desse modo mantêm integralmente a ação fiscal.

No se refere à infração 08, ratificam as informações já prestadas anteriormente tendo em vista que o contribuinte nada acrescentou na presente manifestação, pois a parte fundamental do processo, que seria a apresentação dos documentos, ele não o faz agora, repetindo a atitude de não apresentar documentos verificada durante o procedimento de fiscalização apesar de ter sido intimado, utilizando neste momento apenas argumentos protelatórios.

Afirmam que o autuado foi Intimado para apresentar os documentos (fl. 29-30 do PAF). Argumentam que é necessário que o impugnante faça a apresentação dos documentos para que seja comprovado d que se trata efetivamente de transporte de pessoal e, por conseguinte, sem direito a crédito de ICMS, por falta de previsão legal.

Diante do exposto mantêm integralmente a ação fiscal relativa à infração oito.

No que tange a infração 09, informam que o período fiscalizado foi até 26/12/2007, no entanto o autuado foi até 30/09/2007. Desde que o exercício não tenha sido decaído cabe ao fisco autuar as infrações contidas neste período independente de que tenha sido fiscalizado ou não. Deste modo, ratifica a informação já prestada anteriormente, ou seja, as infrações lançadas nos meses de janeiro, fevereiro, maio, julho, agosto e setembro de 2007, devendo ser excluídas da autuação, permanecendo os valores relativos aos meses de novembro e dezembro de 2007, período não autuado na fiscalização anterior, como já mencionado anteriormente.

Em relação à infração 11, afirma que os valores do PIS e da COFINS foram obtidos nas cópias das DIs, fornecidas pelo contribuinte e anexadas ao PAF, fls. 768 a 771, DI 07/1450736-3 e fls. 740 a 743 DI 07/1063725-4 e confirmados através de relatórios do SISCOMEX como sendo os valores efetivamente pagos. Os demonstrativos desta infração foram anexados ao PAF, conforme folhas 737 a 739. Neste momento foi constatado um equívoco no cálculo do ICMS relativo à DI 07/1063725-4, relativos ao valor da COFINS e da taxa do SISCOMEX, que passaram a ser os seguintes respectivamente, R\$ 1.005,89 e R\$ 40,00. Após esta alteração os demonstrativos das DIs DI 07/1450736-3, DI 07/1063725-4, DI 07/1155645-2 passam a serem os constantes dos documentos que seguem em anexo. Valor do débito após estas alterações: R\$ 30,28.

Quanto à infração 13, afirmam que nesta infração nada de novo foi apresentado, portanto ratificam a informação anterior, fl. 962.

Por fim, afirmam que no item VI, 2, da manifestação da autuada, que trata dos requerimentos, onde é solicitada a intimação da autuada para acostar aos Autos, documentos fiscais, trata-se de um procedimento protelatório, uma vez que o contribuinte no tempo hábil foi devidamente intimado e autuado pela falta de apresentação de tais documentos.

O autuado, às fls. 1051 a 1056 dos autos, apresenta nova manifestação, reiterando todas as razões de fato e de direito expendidas na impugnação e manifestação sobre informações fiscais, requerendo sejam apreciados e analisados todos os argumentos apresentados para os fins de afastar todas as infrações fiscais impugnadas.

Destaca que apenas uma das 13 infrações apontadas no auto de infração diz respeito à falta de apresentação de documentos fiscais. Trata-se da infração 08 tipificada como utilização indevida

de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito.

Alinha que, por força de decisão judicial, a autuada efetua mensalmente depósitos em juízo com fins de quitar obrigações fiscais decorrentes da responsabilidade tributária por substituição em negócio jurídico de contratação de serviço de transporte. Nesta linha, a quitação do ICMS é feita por intermédio de depósitos judiciais, provadas por intermédio do respectivo comprovante de recolhimento, cujos originais encontram-se nos autos do processo judicial.

Aduz que, no momento em que foi aberto prazo para apresentação de impugnação, a secretaria da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, juízo onde tramita o citado processo judicial, encontrava-se com expediente suspenso em razão de correição promovida pela Corregedoria do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (conforme comprovado por intermédio da portaria CGJ – 107/2011). Desta forma, não foi possível que a autuada tivesse acesso aos autos e promovesse a respectiva extração de cópias.

Em razão disto, afirma que foi solicitado prazo para apresentação de tais documentos. Não havendo aí intenção protelatória alguma. Mencione-se ainda que tais documentos também servem de prova nos autos do processo administrativo 279469.0001/10-3, tendo sido devidamente acostados a este PAF. Desta feita, tratando-se de feitos que correm em paralelo, perante o Conselho Fiscal do Estado da Bahia, a Autuada não viu necessidade de acostar tais documentos ao Presente processo administrativo fiscal, requerendo sejam utilizados os documentos ali apresentados a título de prova emprestada.

Menciona que tais documentos perfazem uma grande pilha e quantidade de laudas, e, acostar mais uma vez aos presentes processos contraria os princípios da economia, celeridade e informalidade do processo administrativo fiscal. Contudo, ainda assim, a requerente suplicou que acaso o Órgão julgador vislumbre necessidade de acostar os citados documentos ao presente feito, seja procedida à intimação da requerente para que cumpra tal diligência.

Desta forma, não há, por parte da requerente, a intenção de alongar indevidamente o processo ou se furtar ao cumprimento de suas obrigações, mas ao contrário, existe a intenção em maximizar os debates jurídicos e fáticos acerca das autuações, sem haver uma preocupação exacerbada com a juntada de documentos que foram oferecidos as Autoridades Autuantes durante a fase de auditoria fiscal e que se encontram no presente processo.

Menciona que a realização de perícia somente foi requerida em relação às infrações 04, 05 e 13.

Ocorre, segundo o autuado, que, na infração 04 e 13 trata-se da descaracterização de bens tidos como insumos ou ativo imobilizado, para inclusão no conceito de bem de uso e consumo, contudo, a autuada discorda deste posicionamento do Fisco e pretende seja produzida a respectiva prova pericial para que reste comprovada a sua tese. Contudo, diante a grande quantidade de bens envolvidos, torna-se impossível que a autuada apresente todos os seus quesitos, reservando-se a formulá-los no momento em que for deferido e delimitado o rol de discussão da matéria.

Em relação à infração 05, afirma que, também existe grande complexidade sobre assunto, sendo necessário que um próprio perito avalie a situação e aponte sobre quais fatos devem recair os questionamentos. A questão discutida aborda negócio jurídico com o petano C5+, derivado de gás natural, inserto na cadeia produzida do óleo e do gás.

Complementa que não há intenção protelatória por parte da requerente, mas somente de que fiquem devidamente esclarecidas todas as questões para que haja um julgamento célere e fundamentado.

Requer o deferimento de produção de prova pericial, conforme fora requerido acima, reservando-se para apresentar os respectivos quesitos no momento oportuno, ante a grande complexidade da matéria envolvida; a intimação da Autuada para acostar aos Autos somente aqueles documentos fiscais que ainda não foram disponibilizados à fiscalização e que os

julgadores entendam determinante para o julgamento da impugnação, nos termos dos pedidos deduzidos na impugnação e manifestação sobre informações fiscais; ao fim, declarar a improcedência do auto de infração nº 269139.0001/10-7, nos moldes em que foi apresentada a impugnação, e também a manifestação sobre informações fiscais.

**VOTO**

O presente lançamento de ofício, ora parcialmente impugnado, traz a exigência de 13 infrações por descumprimento de obrigação principal do ICMS, já devidamente relatadas.

Verifico que o sujeito passivo reconhece integralmente às infrações 01, 02, 03; 10 e 12, e reconhece parcialmente à infração 13, na quantia de R\$ 13.184,94 e não reconhece a procedência das infrações 04, 05; 06; 07; 08; 09 e 11, bem como a parcela referente à R\$ 976,69 da infração 13.

Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, conluso, de forma preliminar, pela rejeição das nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais, pois não há previsão legal para prazos de defesa diferenciados vinculados a quantidade de infrações imputadas, conforme quer o autuado, não cabendo acolhimento ao argumento de cerceamento do direito a ampla defesa e do contraditório, visto, inclusive, que o autuado se manifestou nos autos em três ocasiões diferentes, a primeira apresentando a impugnação, a segundo após a informação fiscal e a terceira após a nova informação fiscal prestada após o pedido de diligência, dispondo, assim, de todas as condições e tempo para apresentar sua defesa e contestar a autuação, como o fez de forma detalhada.

Com fulcro no art. 147, inciso I, “a” e inciso II “a” e “b” do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência e perícia contábil ou técnica, pois os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos, além de não ser necessária a produção de outras provas, pois a informação fiscal prestada quanto à natureza dos produtos alvo da presente exigência, relativa às infrações 04 e 13, foi perfeitamente esclarecedora, bem como as dúvidas quanto ao Petano (c5+), tendo em vista o parecer alinhado na análise do mérito, assim como as demais dúvidas foram elucidadas, tanto através dos lançamentos de ofício e suas peças, como nas informações fiscais apresentadas e diligência solicitada pela 2ª JJF.

Saliento, ademais, o disposto no art. 142, do RPAF/99, ao alinhar que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha, importa em presunção de veracidade da afirmação da parte contrária. Destarte, não há como o sujeito passivo transferir o ônus da prova, que lhe pertence, para o sujeito ativo, da presente relação jurídico-tributária.

*“Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.”*

A questão relativa à infração 04 tem como núcleo a arguição do autuado de que os produtos são insumos, contudo, não traz qualquer elemento ou informação técnica que descharacterize os aludidos produtos considerados como de uso e consumo pela fiscalização. Os produtos em questão são o Carbonato de sódio, Prochem, Polímero vegetal, Hipoclorito de sódio, Hidróxido de sódio, Tripolifosfato de sódio, Cloro, Inhibitor, Depositrol, Hypersperse, Philmplus, Spectrus, Embreak, Dianodic, Ortrol, Sulfato de alumínio, Trapo, Biomate, Resina catiônica forte amberlite, Kurinpower. Analisando os mesmos, bem com as diversas decisões desse Conselho de Fazenda relativa à utilização de produtos dessa natureza, em que a mesma Petrobrás é sujeito passivo, conforme Acórdãos CJF nºs 0079-11/05 (infração 12), 0071-12/05 (infração 01), 0435-11/06 (infração 01) e 0463/11/06 (infração 01), cabe acolhimento as argüições dos autuantes quando

afirmam que a utilização dos aludidos produtos visa promover a conservação dos equipamentos industriais aumentando, em tese, sua vida útil, tratamento da água a ser utilizada na planta industrial 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. Destarte, os materiais em questão, como ficou demonstrado, não são consumidos a cada processo produtivo e não integram o produto final na condição de elemento indispensável à sua produção, restando, assim, a sua destinação ao uso e consumo.

Mantida a infração 04.

Em relação às argüições trazidas pela defesa quanto à infração 05, cabe acolhimento ao entendimento alinhado pelos autuantes, na medida em que destacam a diligência efetuada no Processo nº 082655-2009, para o AI 298937.0001/09-5 pelo AF Marcelo Mattedi, que discorre sobre os conceitos de petróleo e C5+, “*o petróleo é “uma mistura constituída predominantemente por hidrocarbonetos, que ocorre na natureza nos estados sólido, líquido e gasoso”, enquanto o C5+, também chamado de gasolina natural, é “uma mistura de hidrocarbonetos que se encontra em estado líquido em certa pressão e temperatura, composta de petano (C5) e outros hidrocarbonetos pesados”*”.

A defesa descreve que na operação, o C5+ é separado do gás natural em uma Unidade de Processamento de Gás Natural – UPGN, situada nos Estados de Sergipe, Alagoas e Rio Grande do Norte. Como a quantidade produzida é pequena, o C5+ é adicionado ao petróleo que é remetido para a autuada, que atua no refino de petróleo e está situada no Estado da Bahia. Tanto o petróleo quanto o C5+ são misturas de hidrocarbonetos. Logo, ao ser misturada uma pequena quantidade de C5+ ao petróleo este não perderá suas propriedades físico-químicas e continuará sendo petróleo. Assim o produto efetivamente transportado é petróleo.

Em consonância com os autuantes, entendo que a separação do C5+ adicionado ao petróleo para ser transportado, não é possível, “*porque como o petróleo também é constituído por uma mistura de hidrocarbonetos, o C5+ que pode ser separado é uma mistura do C5+ originalmente contido no petróleo com o C5+ originado de gás natural e adicionado ao petróleo para ser transportado. Em resumo, entre petróleo e C5+, mas não daquele C5+ que foi adicionado ao petróleo para ser transportado, pode ser efetuada a separação.*”

O certo é que para solucionar um problema de logística o C5+ foi diluído em petróleo. Assim como os autuantes, entendo que se o C5+ fosse transportado separadamente, teria tributação normal, mas, a partir do momento que foi adicionado ao petróleo, o C5+ deixou de existir como um produto individualizado, como bem disse a autuada. Sendo, assim, concordo com o entendimento de que não há porque se falar em tributação, e consequentemente em crédito fiscal, por força da imunidade constitucional.

Diante do exposto, fica mantida a infração 05 na íntegra.

Quanto à infração 06, em relação ao Biodiesel B100, verifico que até a edição do Decreto 10.569/07, não havia realmente um tratamento individualizado para o Biodiesel B100, cabendo a aplicação do inciso XXXII do art. 87 do RICMS/BA, que efetivamente tratava de forma genérica da tributação do Biodiesel, conforme os autuantes afirmam, “*seja ele destinado, ou não, à mistura com o Óleo Diesel, sujeito, ou não, à substituição tributária.*”

*XXXII - até 30/04/2011, das operações internas de saída de biodiesel (B-100) resultante da industrialização de grãos, sebo bovino, sementes e palma, de tal forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 12% (doze por cento);*

*Com a celebração do Convênio ICMS de 30-03-2007, instituiu-se o regime de substituição tributária do ICMS nas operações com Biodiesel regulamentado pelo Decreto 10.569/07, que alterou o art. 512-B do RICMS, foi expressamente determinado, no inciso IX, que:*

*Art. 512 – B (...) IX – Nas operações com biodiesel B100, destinadas à mistura com óleo diesel, a base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária será, na falta do preço a que se refere o inciso I, o preço praticado nas operações com óleo diesel acrescido dos valores correspondentes a frete, seguro, tributos, contribuições e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, adicionados, em ambos os casos, do valor resultante da aplicação dos percentuais de margem de valor agregado indicados em Ato COTEPE para óleo diesel (Conv. ICMS 08/07), devendo ser observado:*

- a) na determinação da base de cálculo, a redução prevista no inciso XIX do art. 87;*
- b) no cálculo do valor do imposto, a alíquota prevista para o óleo diesel.*

A instituição da substituição tributária do Biodiesel B100 destinado à mistura com óleo diesel nos mesmos moldes que a do óleo diesel, revela que o produto final resultante é óleo diesel que contém um percentual de Biodiesel B100, a partir de então, a alíquota correta passou a ser 25%, com a redução da base de cálculo prevista no inciso XIX do art. 87, RICMS/BA, de 40%, resultando em uma carga tributária de 15%, tudo em consonância com o entendimento dos autuantes.

Destarte, a infração 06 deve ser mantida integralmente, cabendo acolher o quanto efetivamente recolhido, após a presente ação fiscal, conforme pagamento da Denúncia Espontânea nº 6000002041/10-6.

No que se refere à infração 07, verifico que o art. 29 do RICMS/BA determina os procedimentos a serem observados quando das remessas para Zona Franca de Manaus:

*Art. 29. São isentas do ICMS as operações com produtos industrializados de origem nacional, nas saídas para comercialização ou industrialização na Zona Franca de Manaus, exceto armas, munições, perfumes, fumo, bebidas alcoólicas, automóveis de passageiros e açúcar de cana, observado o seguinte (Convs. ICM 65/88 e 45/89, e Convs. ICMS 25/89, 48/89, 62/89, 80/89, 01/90, 02/90 e 06/90):*

*I - salvo disposição em contrário, o benefício é condicionado a que o estabelecimento destinatário esteja situado no Município de Manaus;*

*II - o estabelecimento remetente deverá abater do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção, indicado expressamente na Nota Fiscal;*

*III - a isenção é condicionada à comprovação da entrada efetiva dos produtos no estabelecimento destinatário;*

*(...)*

*VII - o contribuinte que pretender efetuar remessa de mercadorias para a Zona Franca de Manaus ou outras áreas da Amazônia com o benefício de que cuida este artigo deverá observar as regras contidas nos arts. 597 e 598;*

#### *Dos Documentos Fiscais e da Comprovação de Entrega na Suframa*

*Art. 597. Na saída de produtos industrializados de origem nacional remetidos a contribuinte do ICMS localizado na Zona Franca de Manaus e outras áreas da Amazônia com isenção do imposto, atendidos os critérios e condições previstos para cada caso, a Nota Fiscal será emitida, no mínimo, em 5 vias, que terão a seguinte destinação (Ajuste SINIEF 02/94):*

*(...)*

*(...)*

*§ 4º O contribuinte remetente deverá conservar pelo prazo mencionado no art. 144 os documentos relativos ao transporte das mercadorias, assim como o documento expedido pela SUFRAMA relacionado com o internamento das mercadorias (Ajuste SINIEF 07/97).*

Os autuantes corretamente identificaram que dentre as remessas efetuadas para a Zona Franca de Manaus todas a título de transferências através dos CFOPs 6152 (transferência de mercadoria

adquirida ou recebida de terceiros), 6552 (transferência de bem do ativo) e 6659 (transferência de combustível ou lubrificante adquirido ou recebido de terceiro), apenas as quatro notas fiscais em questão não possuíam comprovante de internação na SUFRAMA.

Os argumentos alinhados pelo sujeito passivo de que não há tributação nas operações interestaduais, não incidências do ICMS nas transferências ou mesmo a isenção nas saídas para a Zona Franca de Manaus, ficam sem amparo, pois a não comprovação de que efetivamente a remessa foi efetuada para a Zona Franca de Manaus, quedam sem efeito tais arguições, pois não pode o autuado afirmar que houve transferência interestadual de combustível, nem mesmo que as mercadorias foram para a Zona Franca de Manaus, ou até mesmo que houve operação interestadual, já que não há comprovação dessas ocorrências.

Cabe destacar que as decisões, inclusive sumuladas, do STJ, não vinculam as decisões Administrativas das unidades federativas, em cujas lides não faça parte.

Diante da falta de elementos trazidos aos autos pelo autuado para comprovar seus argumentos, cabe a manutenção da infração 07.

No que diz respeito à infração 08, o sujeito passivo foi acusado de utilizar indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. Os valores foram lançados como outros créditos no Livro Registro de Apuração do ICMS, sem a apresentação do documento correspondente.

Com relação aos créditos indevidos no valor de R\$407.249,42, pertinentes às operações de transporte junto à Novo Horizonte Ltda., afirma o autuado que, em relação a tais contratos há determinação exarada pelo Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, nos autos da ação cautelar inominada 92717432002, para que se realize o depósito judicial do valor do tributo à alíquota de 17%. Ocorre que o autuado não comprova durante a fiscalização, conforme intimação em anexo, nem por ocasião da defesa ou mesmo por ocasião de sua última manifestação após a resposta a diligencia solicitada pela 2ª JJF, que resultou em uma nova informação fiscal. O fato é que se tais depósitos comprovam os aludidos créditos é necessário que o autuado apresente os aludidos depósitos, pois a questão está em se provar documentalmente os créditos que foram apropriados, sem que até o presente momento o autuado apresente as aludidas comprovações.

Quanto ao montante de R\$331.859,57, o contribuinte argumenta que o recolhimento do ICMS é feito de acordo com o art. 505-A do RICMS, conforme destacado em nota fiscal emitida pelas empresas prestadoras, porém não anexou tais notas em sua defesa para análise.

Diante do exposto cabe a procedência da infração 08.

Já em relação à infração 09, procedem em parte os argumentos da autuada, na medida em que na descrição da infração 13, do Auto de Infração 298937, 0001/07-9, menciona que o estorno de crédito efetuado pela autuada, a menos, abrange o período de janeiro de 2002 a setembro de 2007, e não 26/12/2007, conforme consta de sua defesa. Portanto, conforme acolhem os próprios autuantes, as infrações lançadas nos meses de janeiro, fevereiro, maio, julho, agosto e setembro de 2007, devem ser excluídas da autuação, permanecendo apenas os valores relativos aos meses de novembro e dezembro de 2007, período não abrangido na fiscalização anterior. Cabe observar que o crédito tributário é indisponível, conforme alinha o art. 141 do CTN, não restando competência ao autuante, ainda que através de um período submetido à fiscalização, para extinguí-lo ou mesmo dispensá-lo.

Com relação ao GLP, conforme indicam os autuantes, o contribuinte já faz o estorno proporcional de crédito de ICMS, contudo nos meses de novembro e dezembro de 2007 esse estorno proporcional de crédito de ICMS foi efetuado a menos pelo contribuinte.

Quanto ao preço final do GLP, compete razão aos autuantes quando lembram que não cabe competência do Estado da Bahia fixar preço dos produtos aos consumidores.

Portanto, após as alterações acima, ou seja, a exclusão das exigências relativas aos meses de janeiro, fevereiro, maio, julho, agosto e setembro de 2007, a infração 09 passa a exigir em relação a ocorrência de 30/11/2007, o valor de R\$ 149.030,96, originalmente reclamado e em relação à 31/12/2007 o valor, também originalmente de R\$ 175.487,06, totalizando a infração no valor de R\$ 324.518,02.

Infração 09 mantida parcialmente.

Em relação à infração 11 os valores do PIS e da COFINS foram obtidos nas cópias das DIs, fornecidas pelo próprio contribuinte e anexadas pelos autuantes ao PAF, fls. 768 a 771, DI 07/1450736-3 e fls. 740 a 743 DI 07/1063725-4, confirmados através de relatórios do SISCOMEX como sendo os valores efetivamente pagos.

Os autuantes, contudo constataram equívocos no cálculo do ICMS relativo à DI 07/1063725-4, concernente ao valor da COFINS e da taxa do SISCOMEX, que passaram a ser as seguintes respectivamente, R\$ 1.005,89 e R\$ 40,00, conforme consta da planilha à fl. 1044.

Após tal alteração o demonstrativo de débito da infração 11 passa a ser conforme conta à fl. 1043 dos autos, ou seja, para 31/08/2007, o valor de R\$6,29 e para 31/10/2007, o valor de R\$23,99, totalizando o valor do débito da infração em R\$30,28. Deve ser observando que o autuado não mais se insurge em sua última manifestação quanto aos ajustes ora efetuados pelo autuante.

Infração 11 mantida parcialmente.

A infração 13 foi imputada em razão de o sujeito passivo deixar de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de mercadorias de outras unidades da federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Verifico, em consonância com os autuantes, caber razão parcial às argüições do sujeito passivo na medida em que as mercadorias constantes das notas fiscais 59167 e 915 sujeitam-se à redução de base de cálculo prevista no convênio 52/91, não havendo diferença de alíquota, cujo montante foi excluído da Autuação.

Já em relação às notas fiscais 701 a 704, 35895, 35896, 35865, 35866 que, segundo o contribuinte refere-se a insumos da produção não sendo devido o DIFAL, não cabe tal arguição, na medida em que os documentos fiscais evidenciam a aquisição de material de consumo, como pode ser constatado pela escrituração fiscal do contribuinte quando lançou tais produtos com o CFOP 2556, não gerando crédito fiscal de ICMS. Refere-se à aquisição de Cloreto de Sódio, sendo devido o pagamento do DIFAL, com utilização similar as constantes nos produtos alinhados na infração 04.

Com relação à nota fiscal 266, cujo CFOP 2912 - Entrada de mercadoria ou bem recebido para demonstração, que indica o recebimento de mercadoria para demonstração, “um conj. de smartpilot de um painel local E”, não sendo identificado o retorno no ano de 2007.

Diante do exposto, feitas as alterações, o valor do débito da infração 13 passou a ser R\$14.007,98, conformem ajustes realizados às fls. 963 a 968 dos autos e demonstrativo de débito constante à fl. 967 e 968, no rodapé das páginas, na coluna “DIFERENÇAS”.

Infração 13 mantida parcialmente.

Cabe a manutenção integral da ação fiscal, com exceção das infrações 9, 11 e 13, cujos valores foram reduzidos.

Voto pela Procedência Parcial do Auto de Infração, devendo ser homologado o quanto recolhido.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269139.0001/10-7**, lavrado contra **PETRÓLEO BRASILEIRO S. A. - PETROBRÁS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.554.371,99**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a”, e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

Esta Junta 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 7.851/99, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de dezembro de 2011

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANGELO MÁRIO DE ARAUJO PITOMBO – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR