

A. I. N° - 206844.0207/10-0
AUTUADO - PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A
AUTUANTES - JOÃO LAURENTINO MAGALHÃES FILHO e ANDRÉS MIGUEL ESTEVES MOREIRA
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 26/09/2012

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0212-03/12

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE CONSUMO. Foi apurado, mediante diligência efetuada por preposto da ASTEC, que o vapor e a água potável constituem insumo e não material de consumo, por isso, não é devido o imposto apurado em relação a estes materiais. Infração insubstancial. 2. DIFERIMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO PELO RESPONSÁVEL. Imputação elidida, conforme comprovantes acostados aos autos pelo defendente, acatados pelos autuantes. a) ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. Autuado não contestou. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO. Infração não impugnada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 21/12/2010, refere-se à exigência de R\$96.991,99 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, relativamente ao produto vapor, fornecido por Braskem S/A, no período de janeiro a maio de 2006. Valor do débito: R\$62.382,44.

Infração 02: Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido, nos meses de julho e novembro de 2006. Valor do débito: R\$23.365,91.

Infração 03: Recolhimento do ICMS efetuado a menos, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, relativamente ao ICMS diferido nos meses de janeiro e outubro de 2006. Valor do débito: R\$4.736,54.

Infração 04: Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de transporte interestadual e intermunicipal, nos meses de setembro a novembro de 2006, abril, outubro e novembro de 2007. Valor do débito: R\$6.507,10.

O autuado apresentou impugnação às fls. 80 a 93 do PAF, alegando quanto à infração 02, que o débito encontra-se extinto pelo pagamento, na forma do 156, I, do CTN, como fazem prova os comprovantes que anexou aos autos (Doc. 09 – fls. 101 e 103 do PAF). Pede a imediata desconstituição da cobrança referente a este item da autuação.

Quanto à infração 01, alega que os materiais em questão são vapor e água potável. Diz que a na verdade, a água potável e o vapor foram insumos na industrialização de outros produtos, como Cimento Asfáltico de Petróleo – CAP, Enxofre líquido e óleo combustível, mas não integram o produto final. Sua aplicação tem por objetivo manter as propriedades físico-químicas,

considerando as especificações de armazenagem, manuseio e movimentação de seus produtos. Alega que, na medida em que emprega esses insumos em processo de industrialização, e o produto industrializado resultante é tributado pelo ICMS em sua saída, a Lei Complementar confere o direito à manutenção do crédito pela entrada. Transcreve os arts. 20 e 21 da LC 87/96, e diz que a manutenção do crédito no caso de industrialização nada mais é que o reflexo do Princípio Constitucional da não-cumulatividade, a que aludem os arts. 28, 29 e 30 da Lei Estadual de ICMS da Bahia, que reproduziu. Afirma que o art. 53 da Lei Estadual nº 7.014/96 é categórico ao prever o direito à manutenção dos créditos pela entrada do insumo. Assim, o defendantente entende que a autuação não se sustenta.

Em seguida, o autuado contesta a multa aplicada, no percentual de 60% do valor do tributo, alegando que não pode ser aplicada legitimamente no caso em tela, já que ficou evidenciado o emprego dos produtos em industrialização e comprovada a mais absoluta ausência de má-fé. Diz que jamais laborou com dolo, e a multa em percentual de 60% mostra-se flagrantemente abusiva. Que ao fixar multas extremamente pesadas, resta violado, além do Princípio da Vedaçāo ao Confisco, da Razoabilidade e da Proporcionalidade. Salienta que existe entendimento jurisprudencial no sentido de que uma multa de 60% é excessiva. Reafirma que não agiu com dolo ou com intenção de fraudar o Fisco deste Estado, por isso, requer, caso se decida pela manutenção do auto de infração, que o julgamento da presente lide seja realizado com equidade, de modo que seja determinado o cancelamento da multa aplicada ou sua redução para um patamar que seja condizente com a gravidade da conduta, isto é, não superior a 10% do valor do tributo.

Por fim, o defendantente requer a produção de prova documental suplementar, e diligência no estabelecimento autuado, de modo que reste demonstrada, pela observação do processo produtivo, a finalidade do vapor e da água potável adquiridos pelo impugnante. Pede que seja julgado improcedente o presente auto de infração e anulado o crédito tributário. Caso mantida a autuação, solicita que seja a multa anulada ou, subsidiariamente, reduzida a patamar não superior a 10%. Também requer o recebimento da impugnação no efeito suspensivo, desativando-se assim temporariamente a exigibilidade do crédito tributário.

Os autuantes prestaram informação fiscal às fls. 112 a 115 dos autos, dizendo que a infração 04 não foi impugnada e que não foi localizada a comprovação do pagamento do débito.

Quanto à infração 02, informam que o autuado efetivamente pagou o débito nos prazos regulamentares, porém houve erro no preenchimento dos DAEs, tanto que, solicitou alteração no dia 13/01/2011, portanto, após a lavratura do presente Auto de Infração, conforme Ficha de Alteração de Dados do Sistema de Arrecadação às fls. 102 a 104. Dizem que foi comprovado o pagamento do imposto através de DAEs às fls. 101 a 103.

Infração 01: Informam que foi realizado um levantamento rigoroso em relação ao ICMS deferido, no período de janeiro de 2006 a dezembro de 2007, conforme demonstrativo às fls. 35 a 39. Foram analisados os valores recolhidos, apurando as diferenças a recolher. Salientam que os valores recolhidos a título de ICMS deferido não implica sua utilização como crédito fiscal. Dizem que foi analisada a utilização do crédito de ICMS no período fiscalizado, sendo constada utilização indevida no período de janeiro a maio de 2006, conforme demonstrativo à fl. 06. Também informam que o autuado não voltou a utilizar crédito fiscal de ICMS sobre vapor a partir do mês de junho de 2006, porque é indevido, entretanto, não regularizou os valores utilizados.

Por fim, os autuantes pedem a procedência da infração 01, improcedência da infração 02 e que seja homologado o pagamento do imposto referente à infração 03. Que após o pagamento do débito apurado na infração 04, que seja efetuada a devida homologação.

Intimado da informação fiscal, o defendantente se manifestou às fls. 119 a 127 dos autos. Quanto à primeira infração, alega que os autuantes insistem em considerar que o autuado procedeu ao creditamento indevido relativo a aquisições de materiais para uso e consumo. Lembra que os

materiais em questão são vapor e água potável. Estes são insumos utilizados na fabricação de Cimento Asfáltico - CAP, Enxofre Líquido e Óleo Combustível, embora não integrem o produto final. Informa as etapas da produção industrial, reproduz as alegações apresentadas na impugnação inicial, e diz que apesar de explicitados na impugnação, nenhum elementos informados foi mencionado pelos ilustres fiscais quando da apreciação da defesa. Finaliza, reiterando os pedidos formulados anteriormente, no que se refere à improcedência da infração 01 e com relação à multa excessiva.

Consta às fls. 132 a 135 dos autos, extrato do Sistema SIGAT relativo ao pagamento do imposto exigido nas infrações 03 e 04.

Às fls. 137/138 do PAF, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em diligência à ASTEC solicitando que o fiscal diligente verificasse *in loco* qual o uso do vapor d'água e da água comprados à empresa BRASKEM S/A, na realização das atividades do autuado, informando se são utilizados no processo industrial, e de que maneira, descrevendo a forma e etapas de sua utilização, explicando se o vapor d'água e a água são consumidos durante o processo produtivo.

Conforme PARECER ASTEC Nº 27/2012 (fl. 139 do PAF), o autuado foi intimado no dia 02/03/2011 solicitando que fosse providenciada visita do diligente ao local de produção, dentro do prazo estipulado na intimação. Decorrido o prazo sem que houvesse nenhum contato da empresa, foi efetuada nova intimação no dia 16/03/2011, mas o deficiente não se pronunciou, no sentido de marcar o dia e horário de visita, considerando a necessidade de um prévio acerto operacional com acompanhamento de pessoal especializado e também o uso de equipamento de segurança, não podendo a visita ser realizada de forma unilateral, sem a participação da empresa. Assim, o diligente concluiu que não foi possível realizar a diligência solicitada, porque o deficiente, apesar de devidamente intimado, e decorridos trinta dias da primeira intimação, não demonstrou interesse na realização da diligência, não marcando a visita solicitada.

Intimado do PARECER ASTEC Nº 27/2012, o deficiente se manifestou à fl. 145, dizendo que está disponível no que for preciso para o cumprimento da diligência. Informa que disponibilizará o acesso à unidade da empresa para verificação *in loco*, acompanhado de pessoal técnico e equipamentos necessários para tal. Sugeriu o dia 25/04/2012 para a diligência ou outra data que melhor atenda aos preceitos da Coordenação de Fiscalização e dos trâmites do Auto de Infração.

À fl. 149 esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em nova diligência à ASTEC, para tentar cumprir a diligência anterior, de fls. 137/138, solicitando que fosse expedida nova intimação ao deficiente, dirigida ao setor responsável pelo documento à fl. 145.

Após o cumprimento da diligência, que o presente PAF fosse encaminhado à Infaz de origem para dar ciência ao autuante e que o sujeito passivo fosse comunicado quanto ao resultado da diligência fiscal, fornecendo-lhe no ato da intimação cópia do parecer e respectivos demonstrativos, com a indicação do prazo de dez dias para se manifestar, querendo.

Conforme PARECER ASTEC Nº 64/2012 (fls. 151/152), o deficiente foi intimado no dia 02/03/2011 e foi marcada visita para o dia 04/07/2012, nas instalações da empresa, no Pólo Petroquímico de Camaçari, onde o diligente foi recebido pelo Sr. Willian Lechuga, que explicou que não havia mais a planta de emulsão asfáltica desde o ano de 2009, devido a um acidente. Disse que foi explicado de forma detalhada como se dava o uso da água do vapor, que continua sendo utilizada em outros processos da empresa, além do enxofre. Informou que sem o aquecimento, a viscosidade elevada do óleo impede a retirada dos tanques de armazenagem e o enxofre líquido precisa se manter aquecido a 160º para ser entregue aos clientes.

O diligente informa, que segundo o Sr. Lechuga, a água era misturada ao asfalto junto com outros aditivos, formando uma emulsão, que era transportada até o canteiro de obras para aplicação na pavimentação. A emulsão era aplicada em forma líquida e após algum tempo, com a

evaporação da água, a emulsão se tornava inteiramente sólida, resultando no revestimento pavimentado das ruas ou rodovias, onde era aplicado. O preposto da ASTEC também informou que foram fornecidas três fotografias, uma do incêndio que levou à paralisação da planta e duas outras de emulsão asfáltica derramada em estado líquido, em decorrência de um vazamento, após o processamento do moinho com utilização do vapor misturado à água.

O preposto da ASTEC concluiu que embora não tenha sido possível ver a planta em funcionamento, pelas explicações dadas e pela fotografia da emulsão asfáltica, verifica-se que a água e o vapor participam do processo industrial, sendo o vapor com a finalidade única de aquecer a emulsão, de forma a evitar o endurecimento e perecimento antes do transporte e aplicação. A água é misturada à emulsão, de forma a tornar líquida a mistura, sendo que a água se evapora durante a secagem da borra asfáltica após a aplicação, não ficando integrada ao produto final após a secagem, e o vapor se perde na atmosfera após a execução da sua função de aquecimento da mistura.

À fl. 158 do PAF, o autuado foi intimado do PARECER ASTEC Nº 64/2012, constando na própria intimação a comprovação assinada pelo representante do contribuinte, de que recebeu cópia do mencionado Parecer. Decorrido o prazo concedido, o defendante não se manifestou.

O autuante João Laurentino de Magalhães Filho também tomou conhecimento (fl. 158), e não se pronunciou quanto ao mencionado parecer.

VOTO

A infração 01 trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, relativamente ao produto VAPOR, fornecido por Braskem S/A, no período de janeiro a maio de 2006.

O defendante alegou que os créditos se referem a água potável e o vapor foram insumos utilizados na industrialização de outros produtos, como Cimento Asfáltico de Petróleo – CAP, Enxofre líquido e óleo combustível, e que não integram o produto final. Sua aplicação tem por objetivo manter as propriedades físico-químicas, considerando as especificações de armazenagem, manuseio e movimentação de seus produtos e, neste caso, se trata de material necessário à atividade da empresa.

Em relação à utilização de crédito fiscal relativo às aquisições de insumos, matérias primas, produtos intermediários e embalagem, o § 1º, inciso II do art. 93, do RICMS/97, vigente à época, estabelece:

Art. 93.

...

§ 1º Salvo disposição em contrário, a utilização do crédito fiscal relativo às aquisições de mercadorias, matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem, inclusive o relativo aos serviços tomados, condiciona-se a que:

I - as mercadorias adquiridas e os serviços tomados:

a) estejam vinculados à comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação;

b) sejam consumidos nos processos mencionados na alínea anterior; ou

c) integrem o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à sua industrialização, produção, geração, extração ou prestação, conforme o caso; e

II - as operações ou prestações subsequentes sejam tributadas pelo imposto, sendo que, se algumas destas operações ou prestações forem tributadas e

outras forem isentas ou não tributadas, o crédito fiscal será utilizado proporcionalmente às operações de saídas e às prestações tributadas pelo imposto, ressalvados os casos em que seja assegurada pela legislação a manutenção do crédito.

Observo que a apuração do que seja material de consumo não pode ser feita exclusivamente a partir de conceitos abstratos. É preciso saber de que forma o material é empregado pelo estabelecimento, e a partir desta constatação, tomando conhecimento da função de cada bem no processo produtivo é que se pode concluir se o material é para consumo ou insumo. O correto é verificar, caso a caso, apurando o que seja utilizado, empregado ou consumido em cada setor e o que é direta e imediatamente aplicado no processo produtivo.

Como é impossível que o Relator do PAF conheça a totalidade das funções dos produtos objeto da glosa do crédito fiscal e da exigência do imposto, foi solicitada a realização de diligência fiscal *in loco*, por preposto da ASTEC, no sentido de que fosse apurado de que forma e as etapas de utilização, explicando se o material objeto da autuação é consumido durante o processo produtivo.

Foram prestadas informações pelo preposto da ASTEC, conforme PARECER ASTEC Nº 64/2012 (fls. 151/152), apresentando a conclusão de que embora não tenha sido possível ver a planta em funcionamento, pelas explicações dadas e pela fotografia da emulsão asfáltica, verifica-se que a água e o vapor participam do processo industrial, sendo o vapor com a finalidade única de aquecer a emulsão, de forma a evitar o endurecimento e perecimento antes do transporte e aplicação. A água é misturada à emulsão, de forma a tornar líquida a mistura, sendo que a água se evapora durante a secagem da borra asfáltica após a aplicação, não ficando integrada ao produto final após a secagem, e o vapor se pede na atmosfera após a execução da sua função de aquecimento da mistura.

Portanto, foi apurado que os materiais objeto da exigência contida na infração 01 referem-se a bens que são aplicados diretamente no processo produtivo do autuado.

Assim, concluo pela legitimidade dos créditos fiscais objeto da autuação, com base na descrição feita no PARECER ASTEC Nº 64/2012. É insubsistente o primeiro item do presente lançamento, considerando que o vapor e a água constituem insumo e não material de consumo, por isso, não é devido o imposto apurado em relação a estes materiais.

Infração 02: Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido, nos meses de julho e novembro de 2006.

O defensor alegou que o débito encontra-se extinto pelo pagamento, na forma do 156, I, do CTN, como fazem prova os comprovantes que anexou aos autos (fls. 101 e 103 do PAF).

Na informação fiscal, os autuantes dizem que o autuado efetivamente pagou o débito nos prazos regulamentares, antes da autuação, porém houve erro no preenchimento dos DAEs, tanto que solicitou alteração no dia 13/01/2011, após a lavratura do presente Auto de Infração, conforme Ficha de Alteração de Dados do Sistema de Arrecadação às fls. 102 a 104. Dizem que foi comprovado o pagamento do imposto através de DAEs às fls. 101 a 103. Infração insubsistente, de acordo com os comprovantes apresentados pelo defensor, acatados pelos autuantes.

De acordo com a impugnação apresentada, o autuado não contestou as infrações 03 e 04, haja vista que fez alegações somente em relação aos itens 01 e 02 da autuação fiscal. Assim, considero procedentes os itens não contestados, haja vista que não existe controvérsia.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206844.0207/10-0, lavrado contra **PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$11.243,64**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alíneas “a” e “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de setembro de 2012

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA