

**PROCESSO** - A. I. Nº 206844.0207/10-0  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0212-03/12  
**ORIGEM** - SAT/COPEC  
**INTERNET** - 14/06/2013

### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF Nº 0173-11/13

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE CONSUMO. Restou demonstrado, mediante diligência efetuada por preposto da ASTEC, que o vapor e a água potável não são destinados ao uso e consumo, pois fazem parte, como materiais secundários, do processo produtivo. 2. DIFERIMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO PELO RESPONSÁVEL. Imputação elidida, conforme comprovantes de pagamento acostados aos autos pelo recorrido. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício contra Decisão da 3ª JJF (Junta de Julgamento Fiscal; Acórdão nº 0212-03/12), que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 21/12/2010 para exigir ICMS no valor de R\$ 96.991,99, sob a acusação do cometimento das infrações abaixo especificadas.

INFRAÇÃO 1 - Utilização indevida de crédito, referente à aquisição de materiais para uso e consumo do estabelecimento, relativamente ao produto vapor de água, fornecido por Braskem S/A, no período de janeiro a maio de 2006. R\$ 62.382,44 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/1996.

INFRAÇÃO 2 – Falta de recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo pagamento, nos meses de julho e novembro de 2006. R\$ 23.365,91 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/1996.

INFRAÇÃO 3 - Recolhimento efetuado a menos, em decorrência de erro na apuração, relativamente ao ICMS diferido nos meses de janeiro e outubro de 2006. R\$ 4.736,54 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei 7.014/1996.

INFRAÇÃO 4 – Falta de retenção e recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, do tributo relativo às prestações sucessivas de transporte interestadual e intermunicipal, nos meses de setembro a novembro de 2006, abril, outubro e novembro de 2007. R\$ 6.507,10 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/1996.

O contribuinte apresenta impugnação às fls. 80 a 93, alegando, quanto à infração 2, que o débito encontra-se extinto pelo pagamento, na forma do 156, I do CTN, de acordo com os documentos apensados (doc. 09; fls. 101 e 103). Pede a imediata desconstituição da cobrança referente a tal imputação.

Quanto à infração 1, alega que os materiais em questão são vapor de água e água potável, e que, na verdade, os mesmos figuram como insumos na industrialização de outros produtos, a exemplo de cimento asfáltico de petróleo – CAP, enxofre líquido e óleo combustível, mas não integram o produto final.

O objetivo é manter as propriedades físico químicas, considerando as especificações de

armazenagem, manuseio e movimentação. 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. Transcreve os arts. 20 e 21 da LC 87/1996, e diz que a manutenção do crédito no caso de industrialização nada mais é do que o reflexo do princípio da não cumulatividade.

Em seguida, contesta a multa proposta, alegando abusividade, violação ao princípio da vedação do confisco e ausência de má fé ou dolo, pelo que pleiteia redução ou cancelamento.

Requer ulterior produção de prova e diligência, no sentido de demonstrar a finalidade do vapor e da água potável, pedindo também que seja julgado improcedente o presente Auto de Infração e anulado o crédito tributário.

Os autuantes prestam informação fiscal às fls. 112 a 115, dizendo que a infração 4 não foi impugnada e que não foi localizada a comprovação do pagamento do débito correlato.

Quanto à infração 2, informam que o sujeito passivo efetivamente pagou o imposto nos prazos regulamentares, porém, houve erro no preenchimento dos DAEs. O mesmo 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, de fls. 102 a 104.

Assinalam que foi comprovado o pagamento do tributo, através dos DAEs de fls. 101 a 103.

Com respeito à infração 1, informam que foi realizado um levantamento rigoroso em relação ao ICMS diferido, no período de janeiro de 2006 a dezembro de 2007, conforme demonstrativo de fls. 35 a 39, e analisadas as quantias pagas, apurando-se as diferenças a recolher. Entendem ter sido constatada utilização indevida no período de janeiro a maio de 2006, nos termos do levantamento de fl. 06. O estabelecimento não voltou a utilizar crédito de ICMS sobre vapor a partir do mês de junho de 2006, porque, segundo alegam, é indevido.

Pedem a procedência da infração 1, improcedência da infração 02, que seja homologado o pagamento do imposto referente à infração 3 e que após o pagamento do montante apurado na infração 4, seja efetuada a devida homologação.

Intimado da informação fiscal, o impugnante se manifesta às fls. 119 a 127.

Quanto à primeira infração, argumenta que os materiais em questão são insumos utilizados na fabricação de cimento asfáltico - CAP, enxofre Líquido e óleo combustível. Destaca as etapas da produção industrial, reitera as alegações apresentadas na impugnação e finaliza repetindo os pedidos formulados anteriormente, seja no que se refere à improcedência da infração 1, seja com relação à multa alegadamente excessiva.

Consta das fls. 132 a 135 extrato do Sistema SIGAT relativo ao pagamento do imposto exigido nas infrações 3 e 4.

Às fls. 137/138, a 3ª JF (Junta de Julgamento Fiscal) converteu o feito em diligência à ASTEC, com a solicitação de que se verificasse o uso do vapor d'água e da água comprados junto à sociedade BRASKEM S/A, junto com a informação acerca do uso no processo industrial, com descrição da forma e das etapas da destinação e explicação sobre o consumo no processo produtivo.

Conforme o Parecer de fl. 139, não foi possível ao preposto da ASTEC realizar a diligência solicitada, porque o recorrido, apesar de devidamente intimado, e decorridos trinta dias da primeira intimação, não demonstrou interesse na realização dos trabalhos, não marcando a visita solicitada.

Intimado, o sujeito passivo se manifesta à fl. 145, dizendo-se disponível para a realização da diligência. Informa que disponibilizará o acesso à unidade, com o acompanhamento de pessoal técnico e fornecimento de equipamentos necessários para tal fim.

À fl. 149 a Junta converteu o processo em nova diligência à ASTEC, com o objetivo do cumprimento da anterior, de fls. 137/138, solicitando que fosse expedida nova intimação ao recorrido, dirigida ao setor responsável pelo documento de fl. 145.

Conforme novo Parecer, de fls. 151/152, a planta de emulsão asfáltica deixou de existir em 2009, devido a um acidente. Nos dias atuais a água e o vapor são usados no aquecimento de óleo combustível e enxofre.

Um preposto da sociedade empresária explicou de forma detalhada como se dava o uso da água em forma de vapor antes do acidente, no período autuado. Na época, era misturada ao asfalto junto com outros aditivos, formando uma emulsão, que era transportada até o canteiro de obras para aplicação na pavimentação. Aplicava-se a emulsão em forma líquida e, após algum tempo, com a evaporação da água, se tornava sólida, resultando no revestimento pavimentado das ruas ou rodovias, onde era utilizado. Embora não tenha sido possível ver a planta em funcionamento, pelas explicações dadas e fotografias juntadas, o Parecerista afirma que a água e o vapor participam do processo industrial, tendo o vapor a finalidade de aquecer a emulsão, de forma a evitar o endurecimento e perecimento antes do transporte e aplicação. A água é misturada à emulsão, de modo a tornar líquida a mistura, e se evapora durante a secagem da borra asfáltica após a aplicação, não ficando integrada ao produto final depois da secagem. O vapor se perde na atmosfera após o seu uso no aquecimento da mistura.

Às fls. 158/159 o contribuinte foi intimado da diligência, mas não se manifestou.

Um dos autuantes também tomou conhecimento e nada disse a respeito do precitado Parecer (fl. 158).

A 3ª JF – Junta de Julgamento Fiscal – apreciou a lide na pauta de 12/09/2012 (fls. 161 a 166), tendo o ilustre relator se pronunciado na forma abaixo transcrita.

*“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 defendente 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.*

*Observe 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 perde 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 defendente 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 defendente, 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”.*

O sujeito passivo foi devidamente intimado, de acordo com o Ofício 0453/12 (fls. 172 e 174).

Em virtude de a desoneração do contribuinte ter ultrapassado o limite estatuído no art. 169, I, “a” do RPAF/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), a 3ª Junta recorreu de ofício da própria Decisão, contida no Acórdão JF Nº 0212-03/12.

## VOTO

A Decisão recorrida não merece reparos.

De fato, quanto à infração 1, restou demonstrado que a água e o vapor participam do processo industrial, possuindo o vapor a finalidade de aquecer a emulsão, de forma a evitar o endurecimento e perecimento antes do transporte e aplicação. A água é misturada à emulsão, de modo a tornar líquida a mistura, evaporando-se durante a secagem da borra asfáltica após a aplicação. O vapor se perde na atmosfera após o aquecimento da mistura.

Compartilho o entendimento da primeira instância de que são legítimos os créditos fiscais objeto da autuação, com base no que foi detalhadamente exposto no Parecer da ASTEC e no art. 93, § 1º, I e II, RICMS/1997.

Com relação à infração 02, os próprios autuantes admitiram que o recorrido efetivamente pagou o débito nos prazos regulamentares. Em razão de mero erro no preenchimento dos documentos de arrecadação, o mesmo solicitou alteração no dia 13/01/2011, após a lavratura do Auto de Infração, conforme Ficha de Alteração de Dados do Sistema de Arrecadação de fls. 102 e 104. Tal fato não implica em irregularidade, visto que os recolhimentos ocorreram em agosto de 2009 e dezembro de 2007, datas anteriores à do início da ação fiscal e do lançamento de ofício.

Reputo comprovado o pagamento do imposto, através dos DAEs de fls. 101 e 103.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para declarar mantida a Decisão recorrida, que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206844.0207/10-0**, lavrado contra **PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$11.243,64**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a” e “e”, da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de maio de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS