

PROCESSO	- A. I. N° 269200.0337/13-8
RECORRENTES	- PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRÁS
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – Acórdão 2 ^a CJF nº 0051-12/15 (Acórdão 5 ^a JJF nº 0083-05/14)
ORIGEM	- IFEP - DAT/NORTE
INTERNET	- 28/10/2015

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0260-11/15

EMENTA: ICMS. INEXISTÊNCIA DE PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO. Constitui requisito para a admissibilidade do Pedido de Reconsideração da Decisão de Câmara de Julgamento Fiscal, que reformou o mérito a da Primeira Instância, a existência de matéria de fato ou fundamento de direito arguidos pelo sujeito passivo na impugnação e não apreciados nas fases anteriores de julgamento. Tais condições não ocorreram no caso concreto. Mantida a Decisão recorrida. Pedido NÃO CONHECIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Reconsideração interposto contra julgamento, em Segunda Instância, que dando Provimento Parcial a Recurso de Ofício e Não Provendo Recurso Voluntário julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/03/2013 em razão de nove imputações, sendo apenas a acusação 01 o objeto do Pedido de reconsideração:

INFRAÇÃO 1. Uso indevido do crédito relativo às entradas de bens do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido na legislação. Meses de novembro/2010 a dezembro/2012. ICMS no valor histórico de R\$8.073.884,65, acrescido da multa de 60%.

O Fisco cita, na descrição da infração, os demonstrativos fiscais que constam na mídia CD acostada à fl. 35, entregue ao autuado conforme seu recibo às fls. 11 e 12 dos autos, e intitulados respectivamente:

- ANEXO 01-A: Demonstrativo estrono crédito CIAP_2006_a_2009.xls;
- ANEXO 01-B: Demonstrativo estrono crédito CIAP_2010_a_2012.xls;
- ANEXO 02: RECOMPOSIÇÃO LIVRO CIAP-2006-2012.xls;
- ANEXO 03: Cálculo coeficiente crédito 1-48 ativo mensal.xlsx;
- ANEXO 04: Crédito ICMS indevido CIAP-2007 a 2009.xls;
- ANEXO 08: Crédito ICMS indevido CIAP-2010 a 2012.xls;
- ANEXO 09: Recomposição do LARICMS_2010_2012.xlsx;
- e ANEXO 17: Períodos em que houve repercussão dos débitos por infração.xls.

O contribuinte impugnou parcialmente o lançamento de ofício às fls. 40 a 70.

Quanto à Infração 1, objeto do Pedido de Reconsideração, em preliminar alegou nulidade total do lançamento; decadência do direito de constituir o crédito tributário, tendo em vista que tomou conhecimento do Auto de Infração em 16/04/2013, e os demonstrativos fiscais denominados Anexos 01-A, 02 e 04, contêm dados referentes a fatos ocorridos nos exercícios de 2006 e de 2007; litispendência em relação à Infração 1, porque tratar-se-ia de débitos que teriam sido apurados também em outro PAF (Auto de Infração nº 269200.09039/10-3), lastreando sua alegação na afirmativa dos autuantes, à fl. 02 do PAF [campo “Descrição dos Fatos do Auto de Infração] no sentido de que para os exercícios de “2007 a 2009” foram aproveitados, na presente ação fiscal, cálculos realizados em demonstrativos de débitos que também diziam respeito a outro Auto de Infração. Discorreu acerca da não-cumulatividade do imposto e do consequente direito ao crédito

do ICMS.

Em seguida, quanto ao mérito também da Infração 1, às fls. 53 a 57 dos autos deste processo o sujeito passivo aduz, dentre outros pontos, que:

“A infração acima referida, bem como a Infração 03 segundo a autuação, se referem a “Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente ao estabelecimento de geração de energia elétrica, portanto, de uma Unidade Operativa e Produtiva, que adquiriu bens de uso e consumo que compõem o seu ativo permanente”, cujos créditos foram apropriados, por direito.

(...)

Ora, deduz dessas infirmativas diversos equívocos cometidos pelo Autuante, senão vejamos:

- a) primeiro, não houve utilização indevida de crédito, mas apenas registro dos créditos para futura compensação, quando houverem saídas tributadas do estabelecimento, ou seja, há um crédito escritural de direito, cuja utilização, neste momento, é mera expectativa;*
- b) segundo, a apropriação do crédito é um direito constitucional e legal do contribuinte, cuja origem somente pode ser questionada no momento oportuno da sua utilização;*
- c) terceiro, a natureza jurídica dos créditos tributários apropriados, em questão, advém de previsão constitucional e legal;*
- d) as atividades do estabelecimento são tipicamente de produção - geração de energia elétrica, o que o credencia ao aproveitamento dos créditos de insumos e do ativo permanente;*
- e) não houve repercussão financeira negativa para o sujeito ativo, eis que referidos créditos apenas estão declarados no registro fiscal do estabelecimento impugnante;*
- f) a negativa do procedimento adotado pela Impugnante significa onerar o sistema produtivo e por via de consequência o consumidor final da produção.*

Portanto, em síntese, afirma o Autuante que a infração decorre: a) da utilização indevida desse crédito, pois não se trata de ativo permanente, mas de aquisição de bens de uso e consumo fiscal; b) da utilização de crédito decorrentes da aquisição de bens destinados à área administrativa do estabelecimento e; c) de erro na determinação da proporcionalidade do coeficiente de utilização dos créditos fiscais (relação entre saídas isentas/não tributadas e saídas totais). (...)"

(destacado pela Relatora)

O contribuinte discorreu acerca de natureza escritural dos créditos tributários, conceito jurídico de ativos imobilizados, distinção entre bens de consumo e bens do ativo, não-cumulatividade do imposto. Afirmou, à fl. 55, que:

“Os bens do ativo permanente, que pretende a autuação classificá-los como materiais de uso e consumo, de modo a enquadrá-los fora do campo daqueles bens que dão direito a créditos fiscais, são efetivamente “mercadorias” que não podem ser singelamente considerados como de uso e consumo, vez que estão diretamente ligados ao processo industrial da Unidade de geração de energia elétrica, apresentando-se como indispensáveis para que aconteça a produção. (...)"

(destacado pela Relatora)

Alegou também que:

“Quanto ao Cálculo do Coeficiente de Creditamento de Ativo, evidentemente, existe divergência entre o entendimento da Autuada e do Fisco. Refere-se às operações de liquidação de energia elétrica na CCEE, registradas no CFOP 5251 - Venda de energia elétrica para distribuição ou comercialização. No cálculo efetuado pelo Fisco essas operações foram consideradas como Isentas, porém no cálculo da Petrobras foi dado tratamento de Diferidas.

Isto porque as notas fiscais referentes às liquidações de energia elétrica na CCEE com posição credora na Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), as quais são emitidas utilizando-se de CFOP 5.251 (saídas internas Estado), não devem ser consideradas para o estorno de créditos de ICMS. O Convênio 15/2007, que dispõe sobre o cumprimento de obrigações tributárias em operações com energia elétrica, inclusive aquelas cuja liquidação financeira ocorra no âmbito da CCEE, em sua cláusula segunda, inciso II, determina que a nota fiscal de saída deverá ser emitida sem o destaque do ICMS. Portanto, a orientação técnica é que a esta operação seja dado tratamento de operações com diferimento de ICMS.

No Cálculo do Coeficiente de Creditamento de Ativo efetuado pelo fisco as operações registradas nos CFOPs 6501, 6502 e 6504 foram consideradas como Isentas. Tais operações não foram consideradas no cálculo da Petrobras em virtude de tratar-se de "Remessa de produção do estabelecimento, com fim específico de exportação", "Remessa de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros, com fim específico de exportação" e "Remessa de mercadorias para formação de lote de exportação", respectivamente, conforme documentos

constantes dos autos.

Verifica-se ainda que na planilha anexada ao Auto de Infração pelo Fisco, para comparação do valor do CIAP creditado pela Petrobras x Cálculo do Fisco (ANEXO 08), referente ao mês de 10/2011, não foi deduzido o estorno de crédito efetuado pela Petrobras, no valor de R\$ 50.392,54, conforme Livro Registro de Apuração de 10/2011. Desta forma, o fisco considerou como crédito indevido o valor integral da parcela 1/48 do CIAP deste período, no valor de R\$ 136.639,20. Documentos: LRA 10/2011 e Planilha Anexo 08.

Cabe acrescentar que, para a reconstituição dos saldos credores e devedores da apuração, o Fisco considerou o crédito indevido de CIAP, efetuado pela Petrobras a partir de novembro de 2007, período este alcançado pela decadência, conforme preliminar acima argüida.”

(destacado pela Relatora)

O Fisco prestou Informação fiscal às fls. 372 a 401 acolhendo parte das alegações impugnatórias e, em relação especificamente à Infração 1, reconhecendo a procedência da arguição defensiva quanto ao estorno do crédito no valor de R\$50.392,54, realizado anteriormente à ação fiscal pelo contribuinte, pelo que o Fisco reduziu parte do débito originalmente para esta Infração 1.

Às fls. 430 a 438 o contribuinte novamente pronunciou-se, reiterando parte de seus argumentos iniciais.

O Fisco novamente manifestou-se à fl. 502 mantendo a informação fiscal prestada às fls. 372 a 423.

Às fls. 507 e 508 a 5^a JJF encaminhou o processo em diligência a ser realizada pelo Autuante, em relação à Infração 1, considerando que:

“No Cálculo do Coeficiente de estorno dos bens do ativo o autuante não computou no cálculo das saídas tributadas as:

- a) **operações enquadradas no CFOP 5251** – operações sem destaque do ICMS, sob o regime de diferimento – liquidação da posição credora no mercado de curto prazo de **comercialização de energia elétrica (CCEE)**. Saída de energia elétrica sem tributação, porém diferida;
- b) **operações com CFOP's 6501, 6502 e 6504** – saídas de mercadorias para o exterior (exportação), com imunidade do ICMS.

O contribuinte, na peça de defesa, entre outras alegações, contestou os critérios de cálculo do coeficiente de estorno adotados no Auto de Infração. Na informação fiscal, o autuante manteve os critérios, com exclusão do campo “tributadas” das operações diferidas e das saídas para exportação. O autuante acatou tão somente o estorno de crédito no valor de R\$ 50.392,54, no mês de outubro de 2011, abatido do valor devido de R\$ 136.279,18 = R\$ 85.886,64.”

(destacado pela Relatora)

Assim ponderando, então a 5^a JJF solicitou que o Autuante, em atendimento ao disposto no art. 93, § 17, III, do RICMS/BA/97, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, considerasse como tributadas, para efeito do cálculo do coeficiente de estorno, as operações e prestações com destino ao exterior e as operações com diferimento do ICMS, considerando a interpretação constante da Instrução Normativa nº 53/2013, item 2.1, que firmara entendimento de que na apuração dos valores referentes às operações de saídas e prestações tributadas, devem ser computados os valores das operações de saídas e prestações tributadas pelo regime de tributação normal e pelo regime de substituição tributária por antecipação ou diferimento.

A 5^a JJF também solicitou que o Autuante apresentasse, no mesmo formato do Auto de Infração, novo demonstrativo de débito com o valor residual dos itens revisados.

Às fls. 513 a 515 o Fisco, em atendimento à diligência solicitada aduziu, em relação à Infração 1 [objeto do Pedido de reconsideração]:

“1) Incluí, para efeito do cálculo do coeficiente de aproveitamento do crédito fiscal referente à parcela mensal de 1/48 do total dos créditos apurados em função das aquisições de materiais destinados ao ativo imobilizado do estabelecimento, as operações com **CFOP 5251, 6501, 6502 e 6504**, resultando na alteração do demonstrativo ANEXO 03;

2) As alterações efetuadas na forma do item anterior acarretaram reflexos nos demonstrativos ANEXO 02, 08, 09 e 17 e, por consequência, nos valores de débitos referentes à infração 01 do Auto de Infração;”

(destacado pela Relatora)

O Autuante anexou novo demonstrativo de débito em papel às fls. 516 e 517, e em mídia CD à fl. 519, os demonstrativos da revisão fiscal realizada, reduzindo o valor originalmente lançado para a Infração 1.

O contribuinte novamente pronunciou-se, às fls. 525 a 527, em relação à Infração 1 tecendo arguições quanto à decadência e quanto ao conceito de bens do ativo, e aduzindo que persistiriam divergências ainda não apuradas na diligência solicitada pela 5^a JJF.

O Autuante pronunciou-se à fl. 529 aduzindo, dentre outros pontos, manter o teor da diligência fiscal realizada.

O julgamento unânime em primeira instância manteve parcialmente o Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0083-05/14, às fls. 532 a 556. Em relação à Infração 1, alvo do Pedido de Reconsideração, após rechaçar as arguições preliminares de nulidade e de decadência, e acolher parcialmente a arguição de litispendência, assim pronunciou-se o realtor de Primeira Instância quanto ao mérito:

VOTO

(...)

Em relação aos fatos geradores e correspondentes valores não excluídos pela litispendência parcial e coisa julgada administrativa, adoto a solução apresentada na diligência solicitada por esta Junta de Julgamento Fiscal, às fls. 507/508, com as correções dos erros materiais e correspondentes ajustes aos preceitos da legislação do ICMS, em especial no tocante à quantificação da base de cálculo do imposto.

Observo, quando ao aspecto substancial, que os créditos fiscais glosados, em relação às parcelas remanescentes, só foram lançados no Auto de Infração quando houve efetivamente repercussão financeira na conta corrente fiscal do imposto. Por sua vez, os créditos glosados se referem às seguintes situações descritas na peça inaugural do processo: A) da utilização indevida de crédito fiscal nas aquisições de materiais destinados ao uso/consumo do estabelecimento, erroneamente considerado pelo autuado como sendo bens do ativo permanente, a exemplo de abraçadeiras, anéis, buchas, divisor, fio, e disco para turbina, gaxeta, grampo, junta, palheta, entre outros, conforme discriminado no Anexo 01-a e 01-b (fls. 106 a 154; B) da aquisição de bens destinados ao ativo fixo da área administrativa do estabelecimento, a exemplo de equipamentos de informática, poltronas, cadeiras, aparelhos de TV, vídeo-porteiro etc.; C) erro na determinação do coeficiente de utilização dos créditos fiscais, correspondente à proporção entre as saídas isentas/não tributadas sobre as saídas totais.

No caso em exame não houve afronta ao princípio constitucional da não cumulatividade do ICMS. Os bens acima descritos, pelas suas próprias características e pela descrição apresentada nos autos, se revestem da condição de bens de uso e consumo, utilizados nas áreas administrativas e laboratórios da empresa; ou ainda, são peças de reposição de máquinas e equipamentos ou sobressalentes. Portanto, são ativos leves, que devem ser contabilizados como despesas, ou, então, são ativos desvinculados da atividade direta de produção da empresa.

Convém destacar que o ICMS é, por certo, não cumulativo, conforme mandamento constitucional, "compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal" (artigo 155, § 2º, I, da CF/88).

Não obstante a plena eficácia da norma constitucional a operacionalização do princípio em questão foi cometida ao legislador complementar (art. 155, § 2º, inciso XII, "c").

Coube então à Lei Complementar nº 87/96 a definição do atual regime de compensação do imposto, com o intuito de dar cumprimento ao princípio da não-cumulatividade (art. 19/21, LC nº 87/97). Ou seja, o princípio operacionaliza-se por meio do abatimento, feito pelo próprio contribuinte, entre débito e crédito na sua escrituração fiscal, de tal forma que o valor efetivamente recolhido aos cofres públicos resulte do encontro dos débitos pelas saídas, subtraído dos créditos das entradas previstas na lei.

O princípio da não cumulatividade outorga ao sujeito passivo o direito subjetivo de pagar ICMS relativo à diferença apurada no encerramento do período, entre seus créditos e seus débitos, na forma "imposto contra imposto". Isto é, o montante do ICMS cobrado nas operações anteriores relativas à aquisição de bens será compensado com o devido nas operações de saídas.

No caso em tela, o regime de crédito fiscal do ICMS regulado na Lei Complementar nº 87/96 afasta a possibilidade do contribuinte se apropriar créditos fiscais na escrita do ICMS relativos a bens adquiridos para uso e consumo ou não vinculados diretamente à atividades produtivas ou operacionais do empreendimento, até 01 de janeiro de 2010. Assim prescreve o art. 33, inc. I, da LC nº 87/96, com a redação dada pela LC nº 138/2010. A classificação efetuada pelo contribuinte contabilizando os bens adquiridos nas rubricas referentes

a ativos fixos ou insumos de produção foi incorreta e refletiu diretamente na determinação do coeficiente de utilização dos créditos fiscais, correspondente à proporção entre as saídas isentas/não tributadas sobre as saídas totais.

Entretanto, no tocante à quantificação dos créditos estornados, procede, a alegação defensiva quanto ao estorno no valor de R\$50.392,54, ocorrido no mês de outubro de 2011, conforme foi reconhecido pelo próprio autuante na informação fiscal, devendo esta cifra ser abatida no correspondente período de apuração, de acordo com o detalhamento apresentado à fl. 395 do PAF.

O item 1 do Auto de Infração, é, portanto, procedente em parte, conforme demonstrativo de débito abaixo reproduzido, extraído da revisão fiscal juntada às fls. 516/517. Este novo demonstrativo reflete a exclusão do montante de R\$4.015.562,01, face à litispendência e coisa julgada administrativa, o que resultou na retirada do lançamento de ofício dos fatos geradores verificados em novembro e dezembro de 2010; janeiro, fevereiro, março, abril, maio, junho de 2011 e parte de valores lançados no mês de julho/2011. Procedeu-se também correção do valor autuado para o mês de outubro de 2011, em razão dos erros materiais apurados, conforme foi explicado linhas acima. Logo o valor exigido na infração 1 que era de R\$8.073.884,65, fica reduzido para R\$3.981.778,51, conforme abaixo:

(...)"

(destacado pela Relatora)

A 5ª JJF recorreu de ofício da Decisão, nos termos do artigo 169, I, “a”, do RPAF/BA.

O contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 568 a 608, reprimindo as alegações preliminares acerca de nulidade da autuação, decadência, respeito ao princípio constitucional da não-cumulatividade, e em seguida arguindo nulidade da Decisão de base porque teria havido indeferimento de seu pedido para a realização de diligência e de “produção de provas”.

Quanto ao mérito, em relação à Infração 1, relatou que a Decisão de base acolhera a alegação de litispendência, reduzindo o débito originalmente lançado. A seguir, no texto do apelo recursal transcreveu sua argumentações impugnatórias originárias acerca da improcedência da Infração 1.

A PGE/PROFIS, por intermédio da Procuradora Maria José Ramos Coelho, emitiu Parecer às fls. 636 a 640 opinando pelo não provimento do Recurso Voluntário.

Às fls. 643 a 659, Acórdão CJF nº 0051-12/15, a 2ª CFJ, em Decisão não unânime, deliberou pelo Provimento Parcial do Recurso de Ofício e pelo Não Provimento do Recurso Voluntário. O Provimento Parcial do Recurso de Ofício referia-se apenas à Infração 7, tendo sido a Decisão de base mantida quanto à desoneração da Infração 1, objeto do Pedido de Reconsideração ora em análise. A Decisão de Primeira Instância foi mantida quanto à procedência parcial da Infração 1.

Em relação ao mérito da Infração 1, na análise do Recurso Voluntário assim pronunciou-se o então Conselheiro Relator:

VOTO

(...)

Quanto ao Recurso Voluntário e à imputação 1, a apuração foi devidamente corrigida, tendo em vista a diligência de fls. 507/508, com as retificações relativas aos erros materiais inicialmente cometidos pelo autuante e os correspondentes ajustes do procedimento à legislação (art. 17, parágrafo 17, inciso III, RICMS/1997 c/c Instrução Normativa nº 52/2013).

Os créditos fiscais glosados somente resultaram em exigência do gravame quando constatada repercussão financeira (art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/1996). Não é o caso de converter a multa em penalidade por descumprimento de obrigação acessória, tampouco de excluí-la ou reduzir o seu montante, pois esta CJF não tem atribuição legal para isso, o que decidiu também no que concerne aos ilícitos relacionados aos créditos extemporaneamente lançados (itens 4, 5 e 6 do Auto de Infração).

As glosas da primeira infração decorrem das seguintes situações, descritas na peça vestibular: “A) da utilização indevida de crédito fiscal nas aquisições de materiais destinados ao uso/consumo do estabelecimento, erroneamente considerados pelo autuado como sendo bens do ativo permanente, a exemplo de abraçadeiras, anéis, buchas, divisor, fio, e disco para turbina, gaxeta, grampo, junta, palheta, entre outros, conforme discriminado no Anexo 01-a e 01-b (fls. 106 a 154; B) da aquisição de bens destinados ao ativo fixo da área administrativa do estabelecimento, a exemplo de equipamentos de informática, poltronas, cadeiras, aparelhos de TV, vídeo-porteiro etc.; C) erro no cálculo da fração de 1/48 a ser apropriada a cada mês”.

Os bens fiscalizados foram destinados ao uso e consumo, utilizados nas áreas administrativas, laboratórios, reposição de máquinas, equipamentos ou sobressalentes.

A Lei Complementar nº 87/1996 afasta a possibilidade de o contribuinte se apropriar de créditos concernentes a bens de uso e consumo até o dia 01/01/2020. A classificação dada pelo recorrente, contabilizando os bens adquiridos nas rubricas referentes ao ativo imobilizado ou insumos de produção, foi incorreta e refletiu diretamente no cálculo da fração de 1/48 a ser apropriada a cada mês.

(...)

Recurso Voluntário não provido. Mantida a Decisão recorrida.

Em face do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recursos Voluntário e PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício.

(destacado pela Relatora)

Inconformado com a decisão proferida, às fls. 672 a 680 a empresa autuada interpôs Pedido de Reconsideração da Decisão de segunda instância, afirmando sustentar seu recurso no artigo 169, I, “d”, do RPAF/BA, que copia.

Em seguida aduz que para cabimento desse Recurso faz-se necessária a conjunção de dois requisitos: que a CJF tenha reformado, no mérito, decisão de Primeira Instância, e que as razões recursais versem sobre matéria de fato, ou de Direito, arguida em defesa e não apreciada em fase anterior ao julgamento.

Que com relação ao primeiro requisito, a Decisão da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal reformou a Decisão do Órgão de primeira instância provendo parcialmente o Recurso de Ofício.

Que, porém, tanto em primeira quanto em segunda instância não teriam sido analisadas alegações de fato e de Direito atinentes à Infração 1, referentes às operações de liquidação de energia elétrica na CCEE, registradas no CFOP nº 5251.

Afirma que o procedimento de autuação teria sido equivocado.

Que, em síntese, o Fisco afirma que a Infração 1 decorre:

- a) da utilização indevida desse crédito, pois não se trata de ativo permanente, mas de aquisição de bens de uso e consumo fiscal;
- b) da utilização de crédito decorrentes da aquisição de bens destinados à área administrativa do estabelecimento e;
- c) de erro na determinação da proporcionalidade do coeficiente de utilização dos créditos fiscais (relação entre saídas isentas/não tributadas e saídas totais).

Que em primeira e segunda instâncias somente teriam sido analisados os argumentos atinentes aos pontos “a” e “b” que ele, contribuinte, cita, e não teria sido analisada matéria de fato e de Direito alegada por ele, sujeito passivo, acerca do suposto erro na determinação da proporcionalidade do coeficiente de utilização dos créditos fiscais (relação entre saídas isentas/não tributadas e saídas totais).

Que, conforme alegara em sua Defesa e reiterado em seu Recurso Voluntário, quanto ao cálculo do coeficiente de creditamento de ativo, existe divergência entre o entendimento dele, autuado, e o do Fisco.

Que tal divergência refere-se às operações de liquidação de energia elétrica na CCEE, registradas no CFOP 5251 - vendas internas de energia elétrica para distribuição ou comercialização.

Que no cálculo efetuado pelo Fisco essas operações foram consideradas como isentas, porém no cálculo da Petrobras foi dado, corretamente e de acordo com a legislação, tratamento de Diferidas.

Que a empresa deu este tratamento de operação sob regime de diferimento porque as notas fiscais referentes às liquidações de energia elétrica na CCEE com posição credora na Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE, as quais são emitidas utilizando-se de CFOP 5.251, não deveriam ser consideradas para o estorno de créditos de ICMS.

Que o Convênio ICMS nº 15/2007, [Dispõe sobre o cumprimento de obrigações tributárias em operações com energia elétrica, inclusive aquelas cuja liquidação financeira ocorra no âmbito da

Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE], em sua cláusula segunda, inciso II, determina que a nota fiscal de saída deverá ser emitida sem o destaque do ICMS. Que, portanto, o entendimento correto seria o de que a esta operação seja dado tratamento de operações com diferimento de ICMS, não devendo integrar, portanto, o coeficiente de estorno dos créditos de ICMS do estabelecimento autuado.

O contribuinte conclui requerendo recebimento e provimento do seu Pedido de Reconsideração para que seja reformado o Acórdão recorrido, no sentido de que seja julgada improcedente a Infração 1, quanto ao que se refere às operações de liquidação de energia elétrica na CCEE, registradas no CFOP 5251, pois essas não deveriam integrar o coeficiente de estorno de créditos de ICMS oriundo das aquisições de ativo permanente.

A PGE/PROFIS, por intermédio da Procuradora Maria José Ramos Coelho, emitiu Parecer às fls. 706 e 707 opinando pelo conhecimento e Não Provimento do Pedido de Reconsideração.

A Representante da PGE/PROFIS afirma que em razões recursais o contribuinte aduz as seguintes questões: ausência de manifestação dos órgãos julgadores quanto às alegações de fato e de Direito atinentes à Infração 1, referentes às operações de liquidação de energia elétrica na CCEE, registadas sob CFOP 5251.

Que da análise das razões expendidas ela, Procuradora, considera que estariam presentes os requisitos de admissibilidade para conhecimento do mesmo. Que “*Em verdade tanto a 1^a como a 2^a instância administrativa não exararam pronunciamento acerca das operações de liquidação de energia elétrica na CCEE, registradas no CFOP nº 5251, (...)*”, razão pela qual o Pedido de Reconsideração deveria ser conhecido, restando configurada a hipótese prevista no artigo 169, I, “d”, do RPAF/BA.

A Procuradora assevera que “*Conforme se depreende da leitura dos autos, os quais foram sucintamente aqui relatados, a decisão porferida pela CJF ao restabelecer parcialmente o lançamento original (infração 01), o fez sem apreciação das operações de liquidação de energia elétrica na CCEE, registradas no CFPO nº 5251 – vendas de energia elétrica para distribuição e comercialização.*

Comungo do entendimento que a decisão exarada pela Câmara de Julgamento Fiscal restaura parcialmente a infração 01, com fundamento no regime de crédito fiscal de ICMS estabelecido na Lei Complementar nº 87/96. Ademais, o próprio sujeito passivoreconhece ter ofertado para as operações tratamento com diferimento do ICMS.”

A Representante da PGE/PROFIS conclui afirmando que diante do que expôs, opina pelo conhecimento e Não Provimento do Pedido de Reconsideração.

Em sustentação oral na assentada de julgamento, o Advogado da empresa aduz reiterar o teor da sua Defesa.

A Representante da PGE/Profis presente à sessão de julgamento afirma que parece-lhe ter havido equívoco no Parecer da Procuradoria Fiscal quanto à admissibilidade do Pedido de Reconsideração, posto que não estão presentes os seus requisitos de admissibilidade. Conclui opinando pelo não conhecimento do Pedido de Reconsideração.

VOTO

Trata-se de Pedido de Reconsideração referente à imputação 1 do Auto de Infração.

Esta Infração 01 trata de uso indevido do crédito relativo às entradas de bens do ativo imobilizado, apropriando-se, o contribuinte, de valor superior ao permitido na legislação, nos meses de novembro/2010 a dezembro/2012, tendo sido originalmente lançado, no Auto de Infração, ICMS no valor histórico de R\$8.073.884,65, acrescido da multa de 60%.

Conforme consta no Relatório que antecede este meu voto, o débito referente à Infração 01 foi reduzido, no Julgamento de Primeira Instância, Acordão JJF nº 0083-05/14, às fls. 532 a 557, para o

valor histórico de ICMS de R\$3.981.778,51, tendo sido mantida a multa de 60% indicada no Auto de Infração, inclusive conforme didáticas tabelas de fls. 553 e 556, constantes do Voto que lastreia essa citada Decisão de Primeira Instância.

Os valores mensais julgados procedentes pela 5ª JJF estão também minuciosamente discriminados no documento intitulado “Relatório de Demonstrativo de Débito”, acostado à fl. 557 dos autos.

O débito da Infração 1, cujo lançamento de ofício foi julgado procedente em parte no valor de R\$3.981.778,51, pela 5ª JJF, foi assim exatamente mantido pela 2ª CJF no Acórdão CJF nº 0051-12/15, às fls. 643 a 659.

Assim, no julgamento de Segunda Instância inexistiu mudança de Decisão deste Colegiado quanto à Infração 1 do lançamento de ofício.

Os valores mensais julgados procedentes pela 2ª CJF estão igualmente discriminados no documento intitulado “Relatório de Demonstrativo de Débito”, acostado à fl. 660 dos autos, e em relação à Infração 1 são exatamente os mesmos discriminados no “Relatório de Demonstrativo de Débito” que está acostado à fl. 557, após o Acórdão do Julgamento de Primeira Instância.

O Recorrente transcreve o artigo 169, I, “d”, do RPAF/BA, e alega que no caso concreto estariam presentes os dois requisitos de admissibilidade ali previstos, porque a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, no Acórdão CJF nº 0051-12/15 reformou a Decisão de base, proferida no Acordão JJF nº 0083-05/14, e argumento de fato, ou Direito, arguido na impugnação, não teria sido apreciado nas fases anteriores de julgamento.

De fato a Decisão de Segundo Grau reformou a Decisão de piso, mas restaurando valores atinentes à Infração 7, sobre a qual o contribuinte não se pronuncia, no Pedido de Reconsideração. E sobre a matéria objeto de reforma de mérito, Infração 7, em ambas as Decisões há a apreciação do quanto alegado pelo sujeito passivo, que a este respeito sequer se pronuncia, em seu pedido de Reconsideração.

A Decisão de Primeira Instância não foi reformada em relação à Infração 1, que é o objeto do Pedido de Reconsideração.

O contribuinte também alega que estaria presente o outro requisito de admissibilidade, que seria o de que argumento dele, contribuinte, levantado em sede de julgamento de Primeiro Grau, em sua impugnação, e reprisado em grau de Recurso Voluntário, não teria sido anulado nem pela JJF, e nem pela CJF.

O contribuinte cita expressamente, no texto do seu Pedido de Reconsideração, conforme exposto no Relatório deste Acórdão, que este argumento seria a divergência entre Fisco e empresa autuada acerca de erro na determinação da proporcionalidade do coeficiente de utilização dos créditos fiscais (relação entre saídas isentas/não tributadas e saídas totais). E em específico em relação às operações de liquidação de energia elétrica na CCEE, registradas pelo Recorrente sob CFOP 5251 - vendas internas de energia elétrica para distribuição ou comercialização.

O contribuinte aduz que os valores referentes a estas operações deveriam ser computadas para efeito de determinação do coeficiente de creditamento do ICMS mensal em decorrência de aquisição de bem do ativo permanente, e deveriam ser consideradas como operações sob regime de diferimento.

Ressalto que ao revés do dito pelo contribuinte quanto a que a JJF e a CJF não teriam analisado, em específico, esta sua alegação, esta afirmativa recursal colide com as provas dos autos, posto que a JJF, na fase de instrução processual, analisando especificamente estas alegações do contribuinte, converteu o processo em diligência que foi cumprida pelo Autuante nos seguintes termos, já expostos no Relatório deste Acórdão, e que aqui reproduzo por oportuno:

As fls. 507 e 508 a 5ª JJF encaminhou o processo em diligência a ser realizada pelos autuantes. Em relação à Infração 01, considerando que:

“No Cálculo do Coeficiente de estorno dos bens do ativo o autuante não computou no cálculo das saídas tributadas as:

- c) **operações enquadradas no CFOP 5251** – operações sem destaque do ICMS, sob o regime de diferimento – liquidação da posição credora no mercado de curto prazo de **comercialização de energia elétrica (CCEE)**. Saída de energia elétrica sem tributação, porém diferida;
- d) **operações com CFOP's 6501, 6502 e 6504** – saídas de mercadorias para o exterior (exportação), com imunidade do ICMS.

O contribuinte, na peça de defesa, entre outras alegações, contestou os critérios de cálculo do coeficiente de estorno adotados no Auto de Infração. Na informação fiscal, o autuante manteve os critérios, com exclusão do campo “tributadas” das operações diferidas e das saídas para exportação. O autuante acatou tão somente o estorno de crédito no valor de R\$ 50.392,54, no mês de outubro de 2011, abatido do valor devido de R\$ 136.279,18 = R\$ 85.886,64.”

(destacado pela Relatora)

Assim considerando, então a 5^a JJF solicitou que o Autuante, em atendimento ao disposto no art. 93, § 17, III, do RICMS/BA/97, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, considerasse como tributadas, para efeito do cálculo do coeficiente de estorno, as operações e prestações com destino ao exterior e as operações com diferimento do ICMS, considerando a interpretação constante da Instrução Normativa 53/2013, item 2.1, que firmara entendimento de que na apuração dos valores referentes às operações de saídas e prestações tributadas, devem ser computados os valores das operações de saídas e prestações tributadas pelo regime de tributação normal e pelo regime de substituição tributária por antecipação ou diferimento.

A 5^a JJF também solicitou que o Autuante apresentasse, no mesmo formato do Auto de Infração, novo demonstrativo de débito com o valor residual dos itens revisados.

Às fls. 513 a 515 o Fisco, em atendimento à diligência solicitada aduziu, em relação à Infração 01 [objeto do Pedido de reconsideração]:

“1) Incluí, para efeito do cálculo do coeficiente de aproveitamento do crédito fiscal referente à parcela mensal de 1/48 do total dos créditos apurados em função das aquisições de materiais destinados ao ativo imobilizado do estabelecimento, as operações com **CFOP 5251, 6501, 6502 e 6504**, resultando na alteração do demonstrativo ANEXO 03 (...)"

(destacado pela Relatora)

Portanto, não só a JJF analisou o pedido do contribuinte, como em decorrência desta análise concluiu que estas operações sob CFOP 5251 deveriam ser consideradas como operações tributadas sob regime de diferimento, determinando que o Fisco incluísse os valores respectivos no cálculo do coeficiente de creditamento para efeito de apuração do crédito fiscal a ser utilizado pela empresa em decorrência de aquisição de bens do ativo imobilizado.

Esta análise da JJF, em relação ao coeficiente de creditamento, foi expressada de forma literal no voto que lastreia a Decisão de base, e no voto que embasa a Decisão de Segundo Grau de Julgamento, conforme transscrito no Relatório que antecede este meu voto. Apenas não foi citado o CFOP 5251 nesses votos, tanto quanto não foram citados outros CFOPs que fizeram parte das arguições do contribuinte e da solicitação da diligência realizada em sede de instrução processual, tendo sido citadas as operações e a legislação de regência, em específico a Instrução Normativa nº 53/2013.

Por conseguinte, ainda que cabível o Pedido de Reconsideração, que não o é, se Conhecido restaria sem objeto.

Para ainda maior clareza, transcrevo o quanto previsto no item 2.1 da Instrução Normativa nº 53/2013, citada no texto da solicitação de diligência da 5^a JJF:

INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 053/13

Dispõe sobre o crédito relativo às entradas de bens destinados ao ativo imobilizado e respectivo serviço de transporte.

O SUPERINTENDENTE DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA, nusso de suas atribuições, com base na Lei nº 7.014/96, no RICMS e nos pareceres exarados pela DITRI, RESOLVE esclarecer que

1 - O valor do crédito relativo às entradas de bens destinados ao ativo imobilizado e respectivo serviço de transporte a ser apropriado em cada período de apuração será obtido multiplicando-se 1/48 (um quarenta e oito avos) do valor do crédito vinculado ao bem e ao respectivo serviço de transporte, incluído o relativo ao diferencial de alíquotas, escriturados no CIAP na forma regulamentar, pela relação entre o valor das operações de saídas e prestações tributadas e o total das operações de saídas e prestações do período.

2 - Na apuração dos valores referentes às operações de saídas e prestações tributadas, ressalvadas as hipóteses referidas no item 4, devem ser computados os valores:

2.1 - das operações de saídas e prestações tributadas pelo regime de tributação normal e pelo regime de substituição tributária por antecipação ou diferimento;

(...)

(destacado pela Relatora)

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO CONHECIMENTO do Pedido de Reconsideração, para manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 269200.0337/13-8, lavrado contra PETRÓLEO BRASILEIRO S/A. - PETROBRAS, devendo ser homologados os valores recolhidos e intimado o recorrente para efetuar o pagamento do valor remanescente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO CONHECER o Pedido de Reconsideração apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 269200.0337/13-8, lavrado contra PETRÓLEO BRASILEIRO S/A. - PETROBRÁS, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$4.368.207,37, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de setembro de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ - REPR. DA PGE/PROFIS