

PROCESSO - A. I. Nº 2068913040/16-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRÁS
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0039-01/17
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 31/10/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0250-11/17

EMENTA. ICMS. CRÉDITO FISCAL. USO INDEVIDO. Imposto lançado neste auto também compôs o Auto de Infração nº 298663.0001/15-0, conforme Acórdão CJF Nº 0137-12/16, que julgou Procedente o estorno integral do crédito fiscal vinculado às aquisições de gasolina C5+. Caracterizada que a exigência do presente Auto de Infração se configura como *o bis in idem* tributário, decorrente do lançamento de imposto pelo mesmo ente tributante, mais de uma vez, em decorrência do mesmo fato gerador. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto em fulcro no artigo 169, inciso I, “a” do RPAF, pelos membros integrantes da 1ª JJF, em razão do Acórdão JJF nº 0039-01/17, que julgou Improcedente o Auto de Infração em lide, lavrado em 02/09/2016, sendo lançado crédito tributário no valor de R\$7.357.912,62.

A infração foi descrita como tendo o contribuinte utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS nas operações interestaduais com base de cálculo fixada pela unidade federada de origem, superior a estabelecida em Lei Complementar, convênio ou protocolo.

Após a apresentação da defesa e prestação de informações pelos autuantes, o processo administrativo fiscal foi submetido à apreciação pela 1ª JJF que julgou Improcedente o lançamento, na sessão de 17 de março de 2017, conforme consta às fls. 251/6.

VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado sob a argumentação de que o autuado teria utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS nas transferências interestaduais de gasolina natural C5+ (pentano) industrializadas pelo remetente, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo utilizada na unidade federada de origem, ficando superior ao estabelecido no inciso II do § 4º do art. 13 da Lei Complementar nº 87/96.

Ocorre que, conforme alegado pelo autuado, o Auto de Infração nº 298663.0001/15-0 tratou do estorno de ICMS em transferências de gasolina C5+, originada do mesmo remetente e no mesmo período de 2012, sendo julgado procedente pela 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL, acórdão CJF Nº 0137-12/16, em razão do C5+ ter deixado de existir como produto individualizado, uma vez que foi transportado em embarcações, misturado ao petróleo em estado bruto, não havendo o direito ao creditamento, já que petróleo foi o produto transportado e este, na operação interestadual, goza de não-incidência do ICMS na forma do artigo 155, § 2º, X, “b”, da Constituição Federal.

Este Auto de Infração promoveu uma nova exigência fiscal sobre as mesmas operações de que tratou o Auto de Infração nº 298663.0001/15-0, desta vez de forma parcial já que questionou a base de cálculo aplicada pelo remetente na transferência interestadual que resultou em crédito fiscal supostamente elevado. Tal como reconheceu o próprio autuante na informação fiscal às fls. 244 e 245, no mérito, fica prejudicada a reclamação de crédito tributário no presente Auto de Infração, pois configuraria bitributação.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Sem opinativo da PGE/PROFIS por se tratar de Recurso de Ofício.

A JJF recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do

CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

VOTO

Da análise dos autos deflui-se que se trata de matéria exclusivamente de fato, diante do que reputo não merecer reforma a decisão de base, dado que investigando o julgamento citado, é possível comprovar que o julgamento da infração 4 no processo abaixo, de mesmo teor da infração deste processo em lide, o que em última análise, repercutiria em lançamento do imposto pela segunda vez pelo mesmo fato gerador, conforme se depreende do Acórdão abaixo transcrito parcialmente, com a respectiva ementa:

PROCESSO - A. I. Nº 298663.0001/15-0. RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRÁS. RECORRIDOS - PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRÁS e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JFJ Nº 0026-05/16- 2 a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO CJF Nº 0137-12/16.

EMENTA: ICMS. TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS. MERCADORIAS SOB NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. PETRÓLEO. A partir do momento que foi adicionado ao petróleo, o Pentano (C5+) deixou de existir como produto individualizado, não havendo o direito ao crédito, nos moldes efetuados pelo sujeito passivo, uma vez que petróleo foi o produto transportado e este, na operação interestadual, goza de não-incidência do ICMS na forma do artigo 155, X, “b”, da Constituição Federal. Alterada a Decisão para restabelecer o débito da quarta infração.

Trecho do voto:

Entretanto, no que diz respeito à infração 4, cuja Decisão recorrida, por unanimidade, concluiu pela improcedência da exigência, sob a fundamentação de que o procedimento da empresa em apropriar os créditos fiscais nas operações de aquisição de C5+ é legítimo, cabendo à fiscalização verificar se o “quantum” de crédito apropriado está proporcional às saídas tributáveis, vislumbro que a exação merece ser restabelecida, pois, entendendo que o crédito fiscal é indevido, conforme já me manifestei em outros processos administrativos fiscais da mesma natureza desta infração, a exemplo do Acórdão CJF nº 0389-13/13 e do voto discordante exarado no Acórdão JFJ nº 0029-05/14 (cujo Recurso de Ofício foi provido através do Acórdão CJF nº 0353-12/14), sob o mesmo fundamento exarado no Acórdão CJF Nº 0046-11/12 de que:

“Assim, conclui-se que, ao ser adicionado ao petróleo pelos estabelecimentos remetentes, o Pentano (C5+) perde a sua condição de produto individualizado derivado do gás natural (com NCM/SH própria), misturando-se indelevelmente aos elementos que compõem o petróleo (cuja NCM/SH é diversa), razão pela qual deve incidir a mesma forma de tributação que recai sobre este último. Como há previsão de imunidade nas operações interestaduais de petróleo e seus derivados, também não deve haver incidência de ICMS sobre o Pentano (C5+) misturado ao petróleo, consoante o disposto no artigo 155, inciso II, c/c o § 2º, inciso X, alínea “b”, da Constituição Federal...”

Registre-se, ainda, que para corroborar com o entendimento de que o pentano (C5+), ao ser adicionado ao petróleo para fins de transporte, perde as suas características próprias, passando a constituir um só produto (petróleo) que goza de imunidade nas operações interestaduais e, por via de consequência, não gera direito a crédito fiscal, o contribuinte, ao se insurgir da exigência fiscal, sequer comprova que o Pentano (C5+), posteriormente, foi efetivamente separado do petróleo e foi objeto no processo de fabricação de produtos com saídas tributadas pelo ICMS. E o recorrente não comprova porque a mistura do C5+ ao petróleo, transformando-se um só produto (petróleo), inviabiliza tanto ao recorrente quanto ao fisco baiano a mensuração e consequente análise de sua participação e mesmo aplicação como insumos de produtos tributáveis pelo recorrente, o que lhe daria direito proporcional ao crédito fiscal do valor do imposto destacado nas notas fiscais de entradas, nos termos previstos no art. 20, §3º, I, da LC nº 87/96.

Com efeito, restou esclarecido que a CJF julgou item de mesmo teor desta infração, fato reconhecido pelo próprio autuante em sua informação fiscal. Provado que o imposto lançado neste auto também compôs o Auto de Infração nº 298663.0001/15-0, conforme acórdão CJF Nº 0137-12/16, que julgou Procedente o estorno integral do crédito fiscal vinculado às aquisições de gasolina C5+. Caracterizada que a exigência do presente Auto de Infração se configura como o *bis in idem* tributário, decorrente do lançamento de imposto pelo mesmo ente tributante mais de uma vez, em decorrência do mesmo fato gerador.

Ante ao exposto, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso de Ofício, mantendo a decisão proferida pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Improcedente o Auto de Infração, com base nos

fundamentos acima reproduzidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NAO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **2068913040/16-9**, lavrado contra **PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRÁS**.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de setembro de 2017.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. PGE/PROFIS