

PROCESSO - A. I. Nº 206891.0033/17-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - PETRÓLEO BRASILEIRO S/A – PETROBRÁS
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS – Acórdão 1ª CJF nº 0219-11/18
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 12/12/2018

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0330-11/18

EMENTA: ICMS. REDUÇÃO DO DÉBITO EXIGIDO. Representação proposta de acordo com o art. 113, I, §5º do RPAF. O pedido de revisão do lançamento feito à PGE/PROFIS, baseia-se no fato de que tendo aberto os custo de produção de outras unidades em que houve lançamento de ofício, constatou - que o valor aqui arbitrado encontrava-se destoante da média da glosa do crédito por KG de NAFTA nos demais lançamentos, conforme lista apresentada às fls. 324/326, encontrando - se uma média de estorno da ordem de 17,4% entre os exercícios de 2009 e 2014, enquanto o demonstrativo original apresenta uma média de estorno muito maior, de 22,06%, o que reduziu o lançamento. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS, com fundamento no artigo 136, § 2º, da Lei nº 3.956/81 e no artigo 113, § 5º, I, do RPAF/99, exercido por este órgão, que através do Parecer subscrito pela ilustre Procuradora do Estado, Dr.^a Maria Dulce Baleeiro Costa, às fls. 422 dos autos, na condição de Procuradora Chefe da PGE/PROFIS, em exercício, propõe ao CONSEF a redução do débito nominal do contribuinte de R\$9.528.090,69 para R\$5.998.108,82, conforme foi recalculado através de planilha apresentada pelos prepostos autuantes, lotados na SEFAZ/COPEC, às fls. 417 a 421 dos autos.

O Auto de Infração lançou ICMS, no valor de R\$9.528.090,69, foi lavrado em decorrência da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, nas operações interestaduais realizadas com base de cálculo fixada na unidade federada de origem em valor superior à estabelecida em Lei Complementar, convênios ou protocolos, conforme detalhamento registrado no próprio Auto de Infração:

“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, nas operações com base de cálculo fixada pela unidade federada de origem, superior ao estabelecido em lei complementar, convênio ou protocolo”. “Trata-se de estorno de crédito do ICMS em função de erro na determinação da base cálculo, tudo em conformidade com o exaustivo esclarecimento entregue à empresa sobre a metodologia adotada na presente Auditoria Fisco-Contábil”. Período da autuação: janeiro/dezembro de 2013.

Em seu Pedido de Revisão Administrativo, fls. 269/313, formulado no âmbito do controle de legalidade, o Recorrente alega que é necessário se efetuar retificações de elementos quantitativos nos lançamentos tributários, que decorre do arbitramento realizado à época pela autoridade fiscal bem como o exame das informações relativas à movimentação com origem em terminas, de mercadorias produzidas pelo próprio contribuinte, e não de terceiros e relaciona diversos Autos de Infração à fl. 270, onde arguiu decadência de alguns lançamentos, assim como alíquota equivocada do ICMS, além de outros erros de cunho material.

Os autuantes se pronunciam às fls. 314/327, onde relatam haver 28 autos lavrados contra a PETROBRÁS todos semelhantes de pedido da Revisão de Lançamento, sendo apenas 9 que

sofreram alteração no seu valor original, e outros dezenove tiveram seus valores recorridos.

Que agora, a PETROBRÁS traz à tona o fato de que a média da glosa por Kg, considerando as auditorias realizadas pelo Fisco no período de 2009 a 2014, seria o procedimento mais adequado para se encontrar um valor bem aproximado da VERDADE MATERIAL, pois em TODOS os caminhos realizados, desde a concepção do CUSTO DA MERCADORIA PRODUZIDA PELO MÉTODO DO RATEIO POR ABSORÇÃO, foi adotado o procedimento de ARBITRAMENTO, mesmo quando realizada a abertura das rubricas de custo de modo a identificar os elementos previstos na LC 87/96.

Desta forma, busca-se em outros elementos ora apresentados, quando das realizações de auditorias com essa abertura de custo de produção, se encontrar um caminho para se conseguir a formação de uma base de cálculo mais consentânea com a realidade que reflete o custo médio dos vários produtos fabricados de todas as refinarias e não apenas o custo da refinaria remetente das mercadorias).

Que analisando o pleito da PETROBRÁS, encontraram um estorno médio por quilograma de NAFTA produzida, também uma espécie de arbitramento, no período de 2009 a 2014, onde se chegou ao custo médio por Kg de 0,017.

Que nessa linha de entendimento, buscando a VERDADE MATERIAL, aquela que mais se aproxima da realidade de uma empresa com um processo produtivo muitíssimo complexo, entendemos como mais adequado projetar como mais próximo da verdade material o índice do ESTORNO MÉDIO DE NAFTA POR QUILOGRAMA, nos períodos em que a empresa fez a abertura do custo de produção de TODA A CADEIA PRODUTIVA e não apenas da Unidade de Destilação Atmosférica (UDA).

Dessa forma, permitiu-se a identificação da base de cálculo preconizada pelo artigo 13, §4º, II da Lei Complementar 87/96, contendo, ainda, uma espécie de arbitramento mais consentâneo com a realidade de custo de produção do mercado de refino, de modo a se proceder ao estorno do ICMS contido em uma base de cálculo superior à prevista na aludida Lei Complementar.

Que se a empresa FABRICOU O PRODUTO, deve-se ter como base de cálculo o CUSTO DA MERCADORIA PRODUZIDA. O arbitramento é um procedimento que deve ser empregado quando não tiver nenhuma outra forma de se apurar a base de cálculo, visando, sempre, o esteio na VERDADE MATERIAL.

Que o fato se refere ao emprego de dados globais da Empresa (como ocorre com o procedimento de arbitramento previsto na Lei Baiana), onde é considerado o conjunto de todas as suas unidades produtivas ou quando se apresenta o arbitramento do custeio por absorção dos produtos de toda a refinaria, sem a segregação por fases do processo produtivo, fato este que pode distorcer fortemente a realidade concreta dos fatos. Se novos elementos foram trazidos aos autos e estes se aproximam mais da VERDADE MATERIAL, somos favoráveis à utilização dos mesmos para se encontrar uma base de cálculo próxima da realidade real.

Assim sendo, submete à apreciação desse Egrégio Conselho de Fazenda do Estado da Bahia, NOVOS CÁLCULOS, DEMONSTRATIVOS E PLANILHAS onde o débito apurado, que representava um estorno médio de 22,6%, no valor de R\$9.528.090,69, para um estorno médio de 14,3%, ao custo médio por kg de 0,017 (custo esse encontrado nas auditorias em que a empresa fez a abertura do custo de produção e com base no estorno médio por KG de 2009 a 2014), resultando na redução do valor devido para R\$5.998.108,82.

Diante desse NOVO quadro ora apresentado, os Autuantes entendem como mais consentâneo com a VERDADE MATERIAL a redução do valor a ser pago pela Autuada para o montante de R\$5.998.108,82, de acordo com os demonstrativos anexos.

Às fls. 327, a douta PGE/PROFIS representou a este Conselho de Fazenda, entendendo que é cabível a revisão que se pretende fazer, uma vez que foram trazidos elementos capazes de conduzir à verdade material.

VOTO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS a este Conselho de Fazenda, conforme preceitua o art. 113, I, parágrafo 5º do RPAF que dispõe sobre a competência da Procuradoria do Estado no exercício do controle de legalidade, tratando-se de Auto de Infração com vícios ou ilegalidades; neste caso, ocorreu lançamento tributário do ICMS DEVIDO POR UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO FISCAL em valor superior ao legalmente permitido, em operações interestaduais de transferências de mercadorias, em que sendo submetido o processo à análise dos próprios autuantes, houve modificação do lançamento.

O lançamento original, no valor de R\$9.528,090,69 entre os meses de janeiro e dezembro de 2013, cujo demonstrativo está entre as fls. 21/23, relaciona notas fiscais de transferências de NAFTA produzida na Refinaria de Manaus, onde foram expurgados itens que não constam da base de cálculo conforme dita o art. 13, § 4º, II da LC 87/96.

O lançamento foi julgado e mantido inteiramente Procedente nas duas instâncias deste Conselho, fundamentando-se que os custos calculados pelos autuantes, consideravam o final da etapa de produção da NAFTA, até o momento da sua efetiva fabricação, na unidade de destilação atmosférica, enquanto que a empresa adotou custos que se prolongavam além desta etapa, que se reportava a outros produtos fabricados além da destilação atmosférica, sendo tal método, que o contribuinte chama de “custeio por absorção”, não tem previsão legal na Lei Complementar, tampouco na Lei nº 7.014/96.

Contudo, por falta de atendimento às intimações do Fisco para que fossem apresentados os relatórios de custo, os autuantes fizeram arbitramento com base na declaração de imposto de renda pessoa jurídica DIPJ, sendo que esta declaração foi consolidada mediante consideração de custos de outras unidades de produção do contribuinte, que não as de mercadorias de origem.

O pedido de revisão do lançamento feito à PGE/PROFIS baseia-se no fato de que tendo aberto os custos de produção de outras unidades em que houve lançamento de ofício, constatou-se que o valor aqui arbitrado encontrava-se destoante da média da glosa do crédito por KG de NAFTA nos demais lançamentos, conforme lista apresentada às fls. 324/326, encontrando-se uma média de estorno da ordem de 17,4% entre os exercícios de 2009 e 2014, enquanto o demonstrativo original apresenta uma média de estorno muito maior, de 22,06%, o que reduziu o lançamento para R\$5.998.108,82.

De fato, o ideal era que nesta unidade fossem abertos os custos, de forma a se encontrar maior precisão do lançamento; contudo, há de se considerar que o arbitramento original estava contaminado com uma DIPJ com dados consolidados de outras unidades, o que leva a uma distorção dos dados, mas àquela altura, era a verdade material ao alcance dos autuantes.

Tal situação encontra verossimilhança neste Conselho, com a adoção de critério de proporcionalidade em crédito fiscal por saídas tributadas e não tributadas, onde na impossibilidade de se encontrar o percentual exato do exercício fiscalizado, se aplicou do exercício anterior, conforme se extrai do ACÓRDÃO CJF Nº 0338-11/17:

À fl. 2.408, na assentada de julgamento do dia 02 de Junho de 2015, esta Câmara converteu mais uma vez o processo em diligência à ASTEC para que os autuantes aplicassem aos itens 10 e 11 o critério da proporcionalidade dos exercícios de 2008, visto a douta Representante da PGE e dos demais membros desta Câmara, considerarem que embora a aplicação deste índice de um exercício diferente não ateste a verdade material in concreto, apura-se a verdade material “possível”.

Postas estas considerações, o que o autuante fez no processo, foi efetuar modificações no cálculo do arbitramento, contudo na média de glosa encontrada em outras unidades que tiveram maior precisão do cálculo, por abertura das contas de custos, e não exatamente desta inscrição autuada, mas é certo que, em se partindo dos dados encontrados, precisamente da Refinaria Duque de Caxias – REDUC, é inquestionável que o grau de aproximação da verdade material, torna-se mais apurado e próximo do valor real.

Face ao exposto, ACOLHO a Representação da PGE/PROFIS e julgo o Auto de Infração PARCIALMENTE PROCEDENTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206891.0033/17-0, lavrado contra **PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. – PETROBRÁS**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.998.108,82**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de dezembro 2018.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSE LANDIN – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS