

**A. I. Nº** - 299904.0003/16-4  
**AUTUADO** - PETRÓLEO BRASILEIRO S A - PETROBRÁS  
**AUTUANTES** - JUDSON CARLOS SANTOS NERI e TÂNIA MARIA SANTOS DOS REIS  
**ORIGEM** - SAT/COPEC  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 21.08.2018

## 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF Nº 0123-02/18

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS DESTINADAS AO USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Os materiais em questão não são consumidos a cada processo produtivo e não integram o produto final na condição de elemento indispensável à sua produção, caracterizando-se como de uso e consumo. Efetuadas correções no cálculo do imposto. Infração caracterizada. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL. FALTA DE PAGAMENTO. **a)** MATERIAIS DE CONSUMO. **b)** ATIVO IMOBILIZADO. Incide o ICMS nas operações de transferências interestaduais de bens destinados ao uso e consumo e ao ativo imobilizado Inaplicabilidade da Súmula nº 166/STJ. Infração 02 subsistente. Infrações 03, 04, 05 e 06 subsistentes em parte. Afastadas as preliminares de nulidade. Indeferida a solicitação de perícia/diligência, nos termos em que foi requerida pelo sujeito passivo. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 05/07/16, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$3.633.536,81, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 - 01.02.02. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de 2014, conforme demonstrativo Anexo A e notas fiscais eletrônicas. Foi lançado imposto no valor de R\$1.628.839,18, mais multa de 60%.

Infração 02 - 06.02.01. Falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de 2014. Lançado imposto no valor de R\$892.197,15, mais multa de 60%. Consta que se refere a aquisições indevidamente registradas como insumos de produção conforme demonstrativo Anexo A e notas fiscais eletrônicas.

Infração 03 - 06.01.01. Falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do estabelecimento, nos meses de janeiro de 2013 a dezembro de 2014, conforme demonstrativo Anexo B e notas fiscais eletrônicas. Lançado imposto no valor de R\$879.515,90, acrescido de multa de 60%.

Infração 04 - 06.01.01. Falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de

2013, janeiro a março e maio a dezembro de 2014. Lançado imposto no valor de R\$24.710,32, acrescido de multa de 60%. Consta que se refere a transferências de mercadorias conforme demonstrativo Anexo C e notas fiscais eletrônicas.

Infração 05 - 06.02.01. Falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro de 2013 a dezembro de 2014, conforme demonstrativo Anexo D e notas fiscais eletrônicas. Lançado imposto no valor de R\$170.350,47, mais multa de 60%.

Infração 06 - 06.02.01. Falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro, março, abril a agosto e outubro a dezembro de 2013 e janeiro a dezembro de 2014. Lançado imposto no valor de R\$37.923,79, mais multa de 60%. Consta que se refere a transferências de mercadorias destinadas a consumo conforme demonstrativo Anexo E e notas fiscais eletrônicas.

O autuado apresenta defesa (fls. 125 a 182) e, preliminarmente, suscita a nulidade do Auto de Infração sob o argumento de que os autuantes compilaram diversas infrações em um único lançamento, o que diz ter dificultado a impugnação, já que se trata de infrações de diversas naturezas, envolvendo diferentes discussões e abordagens jurídicas. Reitera que foi limitado o seu direito ao contraditório e à ampla defesa, porque, além de dificultar o conhecimento dos atos, também cerceou a apresentação da defesa, por envolver várias situações jurídicas. Assevera que deve ser anulado o Auto de Infração, por ofensa ao contraditório e à ampla defesa, haja vista que foi limitado o seu direito de analisar os fatos e apresentar a respectiva impugnação.

Pontua que o direito ao crédito fiscal de ICMS decorre do princípio da não cumulatividade, estabelecido no art. 155, §2º, I, da Constituição Federal, constituindo-se num comando ao qual tanto o contribuinte quanto o Estado estão submetidos. Discorre sobre esse referido princípio. Aduz que a Constituição Federal não fez qualquer ressalva para o abatimento dos créditos fiscais, não sendo, portanto, admissível que qualquer lei complementar ou ordinária o faça, em desacordo com aquele princípio inscrito na Carta Magna.

Diz que, ao se tratar da questão do aproveitamento de créditos, não se pode perder de vista três pontos: a) que ele existe para que se efetive o princípio da não cumulatividade do imposto, inscrito na Constituição Federal; b) que a Constituição não estabelece qualquer restrição a esse regime de abatimento, não podendo fazê-lo a lei complementar ou ordinária; c) que o direito ao crédito não é uma faculdade, mas um dever do contribuinte. Arremata que, assim, fica clara a improcedência do presente lançamento, uma vez que considera como indevidos créditos relativos a insumos e a bens do ativo imobilizados.

Após descrever as suas atividades e fazer uma síntese do Auto de Infração, reconhece como procedentes em parte as Infrações 01, 02, 03 e 05, e impugna a parte do lançamento não reconhecida, conforme relatado a seguir.

Quanto à Infração 01, afirma que os produtos constantes na planilha "Infração 01 e 02" com a indicação na coluna "p" de "INSUMO" são insumos vinculados ao seu processo produtivo. Diz que é legítimo o crédito do imposto, conforme os laudos técnicos anexo, dos seguintes produtos: dispersante, tripolifosfato de sódio, desemulsificante, polieletrólito e resina catiônica.

Menciona que os produtos constantes das Notas Fiscais n<sup>os</sup> 62718, 17189 e 59524, listados na planilha "Infrações 01 e 02" com a indicação na coluna "p" de "IMOBILIZADO" e "CONSUMO" são considerados bens de ativo imobilizado ou materiais de uso e consumo do estabelecimento que foram escriturados indevidamente como insumo de produção, portanto, com crédito indevido do ICMS. Ressalta que, no entanto, o crédito do imposto relativo a essas notas fiscais não foi tomado integralmente, tendo em vista que esses créditos foram incluídos no cálculo de estorno de crédito de insumo. Diz que a parcela referente ao crédito estornado dessas notas equivale a R\$ 690,83.

Afirma que os conceitos de insumo e de bens de uso ou consumo devem ser extraídos precipuamente à vista do direito privado (art. 110 do CTN), pois nenhum deles é definido expressamente pela LC 87/96. Pontua que, em descompasso com essa diretriz, a Fiscalização parte do pressuposto de que somente dão direito ao crédito bens que "integram o produto final", são "consumidos direta e imediatamente" na produção ou cuja "renovação é exigida em intervalos regulares", como se qualquer um desses requisitos fossem necessários para caracterizá-los como insumos. Transcreve trecho do voto proferido no Acórdão JF nº 0262-02/06, deste CONSEF.

Faz alusão ao disposto no art. 31, III, do Convênio ICMS 66/88, e em seguida diz que os conceitos firmados à luz de legislação revogada encontram-se superados, não só em razão da incompatibilidade deles com o princípio da não cumulatividade, como também porque derogado pela superveniência da LC 87/96, que tratou diversamente da matéria.

Aduz que é incorreto interpretar a legislação atual, inclusive o RICMS-BA, para atribuir-lhe o mesmo sentido consolidado no art. 31, III, do Convênio ICM 66/88. Pontua que a LC 87/96 excluiu aquela restrição e tornou suficiente para o aproveitamento dos créditos a existência de vínculo entre a aquisição de bens e serviços e o exercício do objeto social, ao assegurar ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada da mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, desde que não se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento.

Afirma que a suspensão do direito ao crédito nas entradas de bens destinados ao uso ou consumo do estabelecimento restringe-se às aquisições de mercadorias que impliquem despesas. Diz que a contrario sensu, garante-se o crédito do ICMS cobrado nas operações anteriores sempre que os gastos representem custos de produção, cujo conceito é conferido pela legislação do Imposto de Renda, nos termos do art. 13, § 1º, do Decreto-Lei nº 1.598/77.

Sustenta que o consumo da mercadoria ou serviço no processo produtivo, integração dela ao produto final na condição de elemento indispensável à sua composição ou requisitos desta natureza não possuem relevância para se verificar o direito ao crédito, sempre que o bem se mostre imprescindível à obtenção do resultado da atividade. Transcreve trecho do voto proferido no Acórdão JF nº 0262-02/06, para embasar sua tese.

Assevera que, nos termos da legislação, o imposto cobrado nas operações anteriores e vinculados a aquisições de bem ou serviço pelo contribuinte para o processo de industrialização há de conferir direito ao crédito de ICMS. Faz alusão a decisão proferida pelo STJ, segundo a qual a LC 87/96 *"ampliou as hipóteses de creditamento, condicionando o aproveitamento dos créditos relativos à aquisição de produtos intermediários apenas à comprovação de eles são utilizados para a consecução das atividades que constituem o objeto social do estabelecimento empresarial"*. Também transcreve trecho de decisão proferida no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia sobre a matéria.

Informa que os produtos que deram origem às Infrações 01 e 02 são os elencados a seguir, os quais foram utilizados com as finalidades descritas abaixo.

Dispersante. O dispersante é utilizado no processo de coqueamento com finalidade de manter as partículas em suspensão na água de refrigeração, facilitando sua retirada, assim, como evitar indesejada concentração mais alta de sais.

Polieletrólito. O Polieletrólito é essencial no tratamento de água, pois auxilia a formação de flocos e com isso a água floculada escoar por gravidade para o decantador onde ocorre a separação das fases líquida (água) e sólida (flocos), e consequentemente a retirada de impurezas. Não há recuperação do Polieletrólito após sua utilização e a sua não utilização reduziria acentuadamente a eficiência do processo de tratamento de água.

Desemulsificante. O desemulsificante possui a finalidade de facilitar a separação da água salgada do petróleo, além de não permitir que a água separada apresente elevado teor de óleo residual

(responsável pela formação de emulsão inversa do tipo óleo em água); é incorporado parcialmente ao produto, caracterizando-se como um produto de consumo intermediário.

Resina Catiônica. A resina catiônica no processo “unidade de utilidades” é utilizada no tratamento de água na Estação de Tratamento de Água (ETA) - produção de água desmineralizada, com finalidade de remover alguns contaminantes que são responsáveis pela ocorrência de incrustações nas caldeiras e trocadores de calor.

Tripolifosfato de Sódio. O Tripolifosfato de sódio também conhecido como Fosfato Trissódico é utilizado no processo de Utilidades como inibidor de corrosão e é aplicado na água recebida da Estação de Tratamento (ETA) destinada à caldeira. Esse produto é também utilizado no processo de Utilidades na Estação de Tratamento (ETA), denominada em alguma Unidade de Negócios de Estação de Tratamento de Dejetos Industriais (ETDI). No caso do tratamento de efluentes de injeção de fosfato ocorre no tratamento biológico desses efluentes.

Nitrogênio. O Nitrogênio é essencial para o processo, uma vez que tem finalidade de dar partida, inertizar, selar bombas e compressores, e purgar as unidades. O Nitrogênio é imprescindível para evitar o risco de oxidação ou mesmo de explosão. Esse produto é consumido no processo.

Inibidores. A aplicação de Inibidor de Corrosão é essencial para o tratamento de água de refrigeração, a fim de prevenir ou inibir a corrosão nos equipamentos em que essa água de refrigeração é utilizada. Aduz que o Inibidor de Corrosão para água de resfriamento é essencial para o processo arrefecimento. Diz que a ausência desse produto acarreta a redução da vida útil de equipamento, sendo que o referido produto é incorporado à água de resfriamento.

Amina Neutralizante. Evitar a corrosão nos equipamentos; sua injeção é realizada no topo das torres. Complementa a ação da amina fílmica que recobre as partes internas do equipamento.

Cloro. O Cloro é essencial para o processo via tratamento de água para refrigeração, uma vez que impede e/ou inibe a proliferação de microrganismos na água cuja presença favorece a corrosão de equipamentos. Tais equipamentos são utilizados em diversos pontos da produção, inclusive no Craqueamento Catalítico.

Cloreto de cálcio. O cloreto de cálcio tem a função de remover os fluoretos orgânicos solúveis em água proveniente da soda gasta da lavagem dos gases e é incorporado parcialmente ao produto, caracterizando-se como um produto de consumo intermediário.

Carbonato de sódio. O carbonato de sódio é utilizado para ajuste de PH tem a função de neutralizar os fluoretos presentes nos equipamentos que são liberados para manutenção.

Cloro. O Cloro é um produto químico utilizado na composição de fluido para conferi-lo peso como forma de garantir a permanência dos fluídos da rocha dentro das formações.

Ácido. O Ácido orgânico é utilizado para facilitar a produção de petróleo pela remoção de substâncias indesejáveis.

Água. A água é um insumo fundamental para o funcionamento da RLAM, sendo a mesma tratada para ser utilizada na produção de vapor em suas caldeiras, reposição dos sistemas fechados de resfriamento das unidades de processo, pressurização do sistema de combate a incêndio e injeção em sistemas operacionais, nas diversas unidades de processo.

Assevera que a descrição acima e os laudos anexos confirmam que os produtos em tela são indispensáveis aos seus processos produtivos, pois são de utilização contínua e permanente, cuja falta impede a realização do processo produtivo ou altera a sua normalidade. Pontua que esses produtos são insumos ou produtos intermediários imprescindíveis, uma vez que não se pode considerá-los isoladamente, à parte do processo fabril, como materiais de uso e consumo, cuja ausência não repercutiria no processo produtivo.

Aduz que uma parte dos insumos em questão é utilizada na análise e tratamento de água de refrigeração inerente ao processo industrial da refinaria e foram objeto de perícia judicial no

Processo nº 769055-8/2005, no qual o *expert* ratificou a essencialidade deles para o processo produtivo (laudo em anexo).

Requer a realização de prova pericial, para comprovar que os bens em tela são insumos indispensáveis e imprescindíveis ao seu processo produtivo e, por isso, sua aquisição tanto gera direito ao crédito, como não autoriza a incidência do diferencial de alíquota.

Sustenta que procedeu corretamente, devendo, portanto, ser reconhecido o seu direito ao crédito de ICMS e a autuação julgada improcedente. Assegura que não houve apropriação indevida de crédito de ICMS na aquisição de insumos, apenas a maneira como se deu tal tomada do crédito é que foi feita de maneira incorreta, a qual beneficiou o próprio Fisco.

Quanto à Infração 02, diz que os produtos constantes na planilha "Infrações 01 e 02" com a indicação na coluna "p" de "INSUMO" são insumos vinculados ao seu processo produtivo, não cabendo o recolhimento da DIFAL.

Relativamente à Infração 03, apresenta os seguintes argumentos;

- "O DIFAL recolhido integralmente: as notas fiscais listadas na planilha "DIFAL Análise Petrobras", aba "2551" (RECOLHIM N CONSID FISCO) tiveram seu DIFAL recolhido conforme Relatório de Diferencial de Alíquotas, inclusive com recolhimentos efetuados a maior pela Petrobrás e recolhimentos considerados a menor pela Fiscalização no valor de R\$ 428.979,21. Além disso, houve recolhimentos de DIFAL efetuados a menor pela Petrobrás para as notas fiscais 2099 e 3658833, que totalizou o valor de R\$ 467,19 e que não foram contemplados pela Fiscalização, totalizando o valor de R\$ 429.446,40."

- "O DIFAL recolhido com redução de base de cálculo Convênio 52/91: as notas fiscais listadas na planilha "DIFAL Análise Petrobrás", aba "2551" (CONVÊNIO 52/91) estão enquadradas no Convênio 52/91, contempladas com redução de base de cálculo e tiveram seu DIFAL recolhido à alíquota de 3,66%, conforme cláusula quinta do citado convênio. Além disso, várias notas fiscais tiveram seu DIFAL recolhido e não foram considerados pela Fiscalização."

- "No Programa DESENVOLVE: os bens adquiridos por meio das notas fiscais listadas na planilha "DIFAL Análise Petrobrás", aba "2551" (DESENVOLVE) estão enquadradas no Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia (DESENVOLVE), tendo seu ICMS diferido para o momento da desincorporação dos bens, conforme art. 2º, inciso I, letra "c" do Decreto 8205/2002 no valor de R\$ 169.831,84."

- "O Imposto recolhido por Substituição Tributária: os bens adquiridos por meio das notas fiscais listadas na planilha "DIFAL Análise Petrobrás", aba "2551" (DIFAL RECOLHIDO ST) tiveram o seu imposto recolhido por substituição tributária, portanto é improcedente a cobrança da DIFAL pela SEFAZ/BA no valor de R\$ 73.365,79."

Relativamente à Infração 04, afirma que as notas fiscais relacionadas pela Fiscalização no Anexo C referem-se a operações de transferência de ativo imobilizado entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, não constituindo fato gerador do ICMS, conforme Súmula 166 do STJ, a qual prevê que *"Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte"*.

Acrescenta que a Fiscalização não considerou o recolhimento da DIFAL para diversas notas fiscais, que totalizam o valor autuado de R\$ 10.858,28, conforme planilha "DIFAL Análise Petrobrás", aba "2552" (PGTO N CONSID FISCO). Diz que nesses pagamentos incluem-se recolhimentos realizados "a maior" pela Petrobrás e recolhimentos efetuados à alíquota de 3,66%, referente a mercadorias com redução de base de cálculo enquadradas no Convênio 52/91.

Prosseguindo, passa a tratar acerca do *"Livro de registro de entradas. Transferência entre estabelecimentos do mesmo contribuinte."*, conforme relatado a seguir.

Diz que a questão é que a transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte não deve ser levada em consideração, como se fosse uma etapa autônoma da cadeia produtiva. Afirma que a transferência pouco importa para a cadeia produtiva, pelo que inclusive a não incidência do ICMS não possui relevância jurídica para levar ao estorno dos créditos da etapa anterior, segundo os termos do art. 155, §2º, II, “a” e “b”, da Constituição Federal.

Discorre sobre fato gerador do ICMS, bem como define, à luz do Direito Tributário, os termos “Operação”, “Circulação” e “Mercadoria”. Sustenta que, na transferência entre estabelecimentos de um mesmo titular, não há qualquer ato de comércio ou em mercadoria. Assegura que o ICMS só pode incidir sobre operações com mercadorias, mediante sucessivos contratos mercantis. Para embasar seus argumentos, transcreve doutrina e jurisprudência.

Faz alusão e transcreve ementa de acórdão da 2ª CJF, no processo administrativo fiscal nº 269139.0003/10-0, que decidiu pela redução de penalidade, tendo em vista que se tratava de operações de circulação de mercadoria apenas para armazém geral.

Requer que seja julgada improcedente a Infração 04, no que se refere às operações entre estabelecimentos do mesmo contribuinte ou, alternativamente, que seja reduzida a multa imputada nos termos do precedente citado, conforme o § 7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

Relativamente à Infração 05, argumenta que:

- “O DIFAL recolhido integralmente: as notas fiscais listadas na planilha "DIFAL Análise Petrobrás", aba "2556" (RECOLHIM N CONSID FISCO) tiveram seu DIFAL recolhido conforme Relatório de Diferencial de Alíquotas, inclusive com recolhimentos efetuados a maior pela Petrobras no valor de R\$ 2.695,97.”.
- “O DIFAL recolhido com redução de base de cálculo Convênio 52/91: as notas fiscais listadas na planilha "DIFAL Análise Petrobrás", aba "2556" (CONVÊNIO 52/91) estão enquadradas no Convênio 52/91, contempladas com redução de base de cálculo, e tiveram seu DIFAL recolhido à alíquota de 3,66% conforme cláusula quinta do citado convênio.”.
- “O Imposto recolhido por Substituição Tributária: os bens adquiridos por meio das notas fiscais listadas na planilha "DIFAL Análise Petrobrás", aba "2556" (DIFAL RECOLHIDO ST) tiveram o seu imposto recolhido por substituição tributária, portanto é improcedente a cobrança do DIFAL pela SEFAZ/BA.”.
- “O Simples faturamento de mercadoria em consignação industrial: as mercadorias adquiridas por meio das notas fiscais 1872, 1873, 1874 e 1875 referem-se a simples faturamento de mercadoria recebida em consignação industrial, conforme informações no campo de "Informações Adicionais" nas próprias notas fiscais. Esses produtos referem-se às remessas de insumo de produção (*cimento refratário utilizado para isolamento térmico de equipamentos que trabalham com alta temperatura*) por meio das notas fiscais 1809, 1786, 1752 e 1784, respectivamente.”.

Quanto à Infração 06, diz que as notas fiscais listadas pela Fiscalização no Anexo E referem-se a operações de transferência de material de uso e consumo entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, não constituindo fato gerador do ICMS, conforme Súmula 166 do STJ.

Acrescenta que a Fiscalização não considerou o recolhimento da DIFAL para diversas notas fiscais, que totalizam o valor autuado de R\$ 3.187,68, conforme planilha "DIFAL Análise Petrobrás", aba "2557" (PGTO N CONSID FISCO).

Prosseguindo, passa a repetir o quanto já relatado relativamente ao “Livro de registro de entradas. Transferência entre estabelecimentos do mesmo contribuinte.”. Em seguida, requer que seja julgada improcedente a Infração 06, no que se refere às operações entre estabelecimentos do mesmo contribuinte ou, alternativamente, que seja reduzida a multa imputada nos termos do precedente citado, conforme disposições do § 7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

Requer a realização de perícia e diligência, nos termos dos artigos 123, §3º, 145 e 150, II, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF-BA/99, que autorizam a solicitação de perícia fiscal com a finalidade de se esclarecer os pontos controvertidos. Diz que a perícia é o único meio disponível para resolver a controvérsia, tendo em vista a complexidade da operação de refino e a destinação dada a cada um dos produtos ou serviços adquiridos. Aduz que os quesitos formulados são idênticos àqueles apresentados no processo nº 769055-812005, cujo laudo consta em anexo e segundo o qual as mercadorias utilizadas na análise e tratamento de água de refrigeração são essenciais ao processo industrial da refinaria. Indica seu assistente técnico.

Ao finalizar, requer a produção de todos os meios de prova admitidos pelo direito, em especial a produção de pericial contábil e técnica. Pede que seja acolhida a preliminar de nulidade. Solicita que lhe seja dada a oportunidade de se pronunciar sobre as informações fiscais. Requer que a autuação seja julgada improcedente e que seja afastada a multa aplicada.

Os autuantes prestam a informação fiscal, fls. 212 a 220, na qual inicialmente fazem uma síntese dos fatos e, em seguida, passam a rebater os argumentos defensivos conforme relatado a seguir.

Afirmam que, para esclarecimento de informações contidas na impugnação a respeito de recolhimentos de impostos, foi emitida intimação DTE nº 5368 em 11/10/16, a qual foi atendida em 08/11/16, porém, sem as informações solicitadas, o que prejudicou a conclusão da informação fiscal em tempo hábil e satisfatória.

Quanto à Infração 01, informam que a utilização indevida de créditos de materiais de uso e consumo decorre de procedimento recorrente do autuado, que insiste na utilização desses créditos, sem observância do previsto no RICMS-BA, conforme dispositivos que transcrevem. Pontuam que o autuado evidencia a utilização dos produtos em tela fora do processo produtivo quando afirma que uma parte dos insumos em questão é empregada na análise e tratamento de água de refrigeração inerente ao processo industrial da refinaria.

Frisam que as entradas de mercadorias para uso e consumo não ensejam a utilização de crédito fiscal, conforme previsto no inc. I do art. 33 da LC 87/96. Aduzem que este Conselho de Fazenda já se manifestou contra tal utilização, conforme Acórdãos CJF nºs 0079-11/05, 0071-12/05, 0435-11/06 e 0463-11/06, referentes a Autos de Infração lavrados contra estabelecimentos do autuado.

Informam que realizaram pesquisas junto ao contribuinte, a seus fornecedores e em *sites* especializados, para obter informações acerca da aplicabilidade dos materiais em questão, tendo constatado que os referidos materiais não estão vinculados diretamente ao processo de industrialização, não integram o produto final na condição de elementos indispensáveis ou necessários à industrialização dos produtos. Pontua que a utilização dos referidos materiais visa à conservação dos equipamentos industriais e o tratamento de seus efluentes industriais, preparando-os para o descarte sem riscos ambientais, não correspondendo, portanto, a qualquer atividade produtiva na qual sejam obtidas espécies novas e, por conseguinte, tributadas pelo ICMS. Mantêm inalterada a exigência fiscal.

Quanto à Infração 02, afirmam que como o defendente apresenta os mesmos argumentos aduzidos na infração anterior, eles também utilizam as mesmas informações que apresentaram para a Infração 01 e, dessa forma, mantêm a autuação.

No que tange à Infração 03, afirmam que foram analisados todos os argumentos da defesa, tendo acatado alguns deles e, para dirimir dúvidas remanescentes, foi emitida intimação DTE nº 5368, em 11/10/16, a qual não atendida no prazo e nem satisfatoriamente. Ressalvam que em relação aos pagamentos efetuados, não foi explicitado a que notas fiscais se referem e, em sua defesa, o autuado sinaliza que abateu valores que julgou terem sido recolhidos a maior. Dizem que, com base nas informações apresentadas pelo defendente, elaboraram novo demonstrativo para esta infração excluindo os valores acatados, sendo encontrado o débito remanescente de R\$ 402.649,81, o qual abatendo-se o valor reconhecido e pago de R\$116.844,90, permanece em lide o valor de R\$285.804,91.

Relativamente à Infração 04, concordam com as alegações apresentadas pelo autuado, exceto quanto às operações de transferências. Pontua que a Súmula 166 não é vinculante e, além disso, é anterior à LC 87/96. Destacam que incide ICMS nas transferências interestaduais, tanto que os artigos 12 e 13 da LC 87/96 define a base de cálculo nessas operações. Elaboraram novos demonstrativos excluindo os valores que acatarem, remanescendo o valor de R\$14.113,89.

No tocante à Infração 05, afirmam que analisaram os argumentos do defendente e acatarem alguns e, para dirimir dúvidas remanescentes, emitiram a intimação DTE nº 5368, em 11/10/16, a qual não foi atendida no prazo e satisfatoriamente. Ressalvam que em relação aos pagamentos efetuados pelo defendente não foi explicitado a que notas fiscais se referem e, em sua defesa, o autuado sinaliza que abateu valores que ele julga ter recolhido a maior. Dizem que, com base nas informações apresentadas pelo impugnante, elaboraram novo demonstrativo para esta infração, excluindo os valores acatados por esta autuação, tendo apurado o novo valor de R\$ 160.291,10, a qual abatendo-se o valor reconhecido de R\$26.781,85, permanece em lide o valor de R\$133.509,25.

Quanto à Infração 06, concordam com as alegações defensivas, exceto em relação às operações de transferências, conforme os mesmos argumentos aduzidos na Infração 04. Afirmam que, com base nas informações apresentadas, elaboraram novo demonstrativo para esta infração excluindo os valores acatados por esta autuação, remanescendo assim o débito de R\$ 33.182,05.

Notificado acerca da informação fiscal, o autuado se pronuncia às fls. 273 a 290.

Relativamente à Infração 01, diz que a argumentação defendida pelos autuantes não se mostra adequada, tendo em vista que os produtos constantes na planilha “Infrações 01 e 02” com a indicação na coluna “p” de “INSUMO” são produtos considerados como insumos vinculados ao processo produtivo. Diz que, dessa forma, é legítimo o creditamento do imposto, conforme se depreende dos laudos técnicos anexo dos seguintes produtos: dispersante, polifosfato de sódio, desemulsificante, polieletrólito e resina catiônica.

Destaca que a própria natureza dos bens discutidos na autuação evidencia que se trata de produtos vinculados ao processo produtivo. Frisa que o tema em questão é de caráter técnico-científico, o que demanda evidências para corroborar a alegação do Fisco. Diz que os autuantes não ofertam a possibilidade de defesa do autuado, já que não se sabe quais foram os sites ou fornecedores pesquisados, quais os resultados obtidos ou sequer quais as informações que foram buscadas sobre os produtos *dispersante, polifosfato de sódio, desemulsificante, polieletrólito e resina catiônica*.

Volta a transcrever a utilização desses produtos, conforme já consta neste relatório e, em seguida, frisa que apresentou a contextualização específica do uso desses insumos no processo produtivo, ofertando a possibilidade de o Fisco trazer um contra-argumento fundamentado, contudo os autuantes não trazem sequer um contra-argumento, apontando os motivos técnicos pelos quais os produtos não estariam vinculados ao processo produtivo, bem como não trazem documento algum que corrobore a sua conclusão, que não diz respeito a matéria contábil, apreciável por simples cálculos, mas a critérios técnicos e científicos sobre o processo produtivo.

Ressalta que a produção de prova pericial é indispensável para comprovar que os bens referidos na infração em tela dizem respeito à insumo de produção indispensáveis e imprescindíveis ao seu processo produtivo e, por isso, sua aquisição tanto gera direito ao crédito de ICMS, como não autoriza a incidência do diferencial de alíquota. Diz que uma parte dos insumos em questão é utilizada na análise e tratamento de água de refrigeração inerentes ao processo industrial da refinaria e foram objeto de perícia judicial no Processo nº 769055-8/2005, no qual o expert ratificou a essencialidade deles para o processo produtivo (laudo pericial juntado na defesa).

Prosseguindo, passa a repetir argumentos trazidos na defesa inicial e já constantes neste relatório e, ao final, solicita que a infração em comento seja julgada improcedente.

Quanto à Infração 02, reitera os termos do item anterior, pois entende que os produtos constantes na planilha “Infrações 01 e 02” com a indicação na coluna “p” de “INSUMO” são produtos considerados como insumos vinculados ao seu processo produtivo, não cabendo também o recolhimento de ICMS-DIFAL. Repete a solicitação de prova pericial. Pede que a infração em tela seja julgada improcedente.

No que tange à Infração 03, diz que os autuantes não deram explicações sobre o que compõe o valor que foi mantido na informação fiscal (R\$285.804,91). Pontua que nem a informação fiscal e nem os anexos apresentados elencam os valores que foram reavaliados, nem os critérios dessa reavaliação. Sustenta que é impossível impugnar especificamente a informação fiscal genérica, o que implica limitação do seu direito de defesa. Assevera que os autuante não desconstituíram fundamentadamente as alegações da empresa, no sentido de que todo o valor remanescente é indevido. Em seguida, repisa os argumentos trazidos na defesa e já constantes neste relatório. Pede que o valor de R\$ 285.804,91 seja julgado improcedente.

Relativamente à Infração 04, afirma que os argumentos trazidos na informação fiscal não merecem acolhimento. Destaca que a questão da incidência do ICMS nas transferências vem sendo apreciado sistematicamente pelo Superior Tribunal de Justiça em acórdãos recentes, perfilhando-se a mesma linha de entendimento já consolidada na Súmula 166 daquela Corte.

Aduz que o STJ, no julgamento do REsp. 1.125.133/SP, em rito de recursos especiais repetitivos, firmou o entendimento de que o deslocamento de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa, por si só, não se subsume à hipótese de incidência de ICMS. Destaca que a incidência tributária decorre do contexto normativo e não de um específico texto legal em vigor e, portanto, no presente caso o que se tem é a impossibilidade de tributação pela não ocorrência de fato gerador constitucional, e essa questão transcende a data de edição da Súmula 166. Pontua que é o texto da LC 87/96 que não se mostra adequado à natureza jurídica constitucional do ICMS.

Afirma que a transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte não deve ser levada em consideração, como se fosse uma etapa autônoma da cadeia produtiva. Ela pouco importa para a cadeia produtiva, pelo que inclusive a não incidência do ICMS não possui relevância jurídica para levar ao estorno dos créditos da etapa anterior segundo os termos determinados pela Constituição Federal, art. 155, §2º, II, alínea “a” e “b”.

Pede que também o valor remanescente de R\$ 14.113,89 seja julgado improcedente.

Relativamente à Infração 05, alega que nem a informação fiscal e nem os anexos apresentados elencam de modo preciso os valores que foram reavaliados, nem os critérios dessa reavaliação. Diz que, assim, resta impossível impugnar especificamente a informação fiscal genérica, o que implica limitação do seu direito de defesa. Acrescenta que os autuantes, ao trazerem genérica e inespecífica reavaliação, não desconstituíram fundamentadamente as alegações defensivas no sentido de que todo o valor remanescente é indevido. Repisa argumentos trazidos na defesa e já constantes neste relatório. Pede que o valor de R\$ 133.509,25 seja julgado improcedente.

No que tange à Infração 06, reitera os fundamentos trazidos quanto ao REsp. 1.125.133/SP, já aduzidos ao abordar a Infração 04. Solicita que a exigência fiscal referente ao valor de R\$ 33.182,05 seja julgada improcedente.

Ao finalizar, reitera os argumentos da defesa, protesta por todos os meios de prova admitidos em direito, em especial pela realização de perícia, e requer que sejam julgadas improcedentes as infrações que lhe foram imputadas, salvo na parte reconhecida.

Ao se pronunciarem à fl. 295, os autuantes afirmaram que o defendente repete os mesmos argumentos trazidos na defesa e, portanto, não têm nada a acrescentar ao que já foi dito na informação fiscal.

Após apreciação em pauta suplementar, fls. 304 e 305, o processo foi convertido em diligência à COPEC, para que os autuantes prestassem nova informação fiscal, analisando os argumentos defensivos de fls. 273 a 290, observando o previsto no art. 127, §6º, do RPAF-BA/99.

No atendimento da diligência, os autuantes se pronunciam às fls. 308 a 323, reiteraram que o autuado repetiu os mesmos argumentos trazidos na defesa, os quais já foram analisados na informação fiscal. Em seguida, passaram a abordar cada uma das alegações defensivas, conforme relatado a seguir.

Quanto às Infrações 01 e 02, fazem uma síntese dos fatos e dos argumentos da defesa e afirmam que a autuação foi mantida integralmente por entenderem que os materiais relacionados na autuação não estavam vinculados diretamente ao processo produtivo e não integravam o produto final na condição de elementos indispensáveis ou necessários à industrialização dos produtos. Prosseguindo, passam a transcrever trechos da defesa e da manifestação posterior do autuado, visando demonstrar que os argumentos trazidos na manifestação são os mesmos da defesa.

Quanto às Infrações 03, 04, 05 e 06, continuam a fazer uma síntese da defesa, da informação fiscal e do pronunciamento posterior do autuado, visando comprovar que os argumentos trazidos na defesa são os mesmos aduzidos no pronunciamento posterior, os quais já foram analisados na informação fiscal.

Ao concluir, afirmam que diante do exposto, resta comprovado que na manifestação acerca da informação fiscal o autuado repetiu os mesmos argumentos trazidos na defesa e que já foram objeto de análise na informação fiscal.

Às fls. 324 a 329, constam extratos do SIGAT (Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária) referentes a pagamento de parte do Auto de Infração reconhecida como procedente.

Na assentada para julgamento estiveram presentes os Autuantes os quais esclareceram que na apuração dos valores que entenderam remanescentes, elaboraram planilhas demonstrativas em que listaram as notas fiscais que foram deduzidas do levantamento fiscal original atendendo as alegações defensivas. Observaram também que diante do fato de que a defesa não demonstrou a composição do valor que entendeu devido e fez o recolhimento, apesar de intimada a fazê-lo, não foi possível avaliar a sua pertinência nem sopesá-lo com o levantamento fiscal remanescente. Todavia, os valores recolhidos foram deduzidos.

Tendo em vista a aposentadoria do então relator, o processo foi redistribuído cabendo a este julgador a sua relatoria.

## **VOTO**

Conforme já relatado, trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS no valor total de R\$3.633.536,81, acrescido de multa de 60%, em decorrência de seis infrações, sendo as Infrações 01, 02, 03 e 05 impugnadas parcialmente e as Infrações 04 e 06 defendidas em sua totalidade.

Preliminarmente foi suscitada a nulidade do Auto de Infração, sob a alegação de cerceamento de defesa, por ser o lançamento composto por seis diferentes infrações.

Afasto essa preliminar de nulidade, pois o fato de o Auto de Infração ser composto por seis diferentes acusações fiscais não acarreta cerceamento de defesa e, além disso, não há qualquer previsão legal que impeça a lavratura de Auto de Infração com diversas infrações. Os seis ilícitos fiscais imputados ao autuado referem-se a entradas de mercadorias que resultaram na utilização indevida de crédito fiscal e na falta de recolhimento do diferencial entre alíquotas, inexistindo qualquer dificuldade para compreensão de tais acusações. Além disso, as manifestações do autuado deixam patente que as infrações que lhe foram imputadas foram compreendidas e impugnadas com a devida fundamentação.

Com fulcro no art. 147, I, “a”, e II “a” e “b”, do RPAF-BA/99 (Regulamento do Processo

Administrativo Fiscal do Estado da Bahia aprovado pelo Decreto nº 7.629/99), indefiro o pedido de prova pericial/diligência, pois os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores e, além disso, as questões a serem apreciadas não necessitam de conhecimentos especiais de técnicos. Ademais, o cerne das questões a serem analisadas já foram objeto de diversos Autos de Infração lavrados contra o próprio autuado, constituindo-se, assim, em matéria já conhecida neste Conselho de Fazenda.

**Na Infração 01**, foi exigido imposto no valor de R\$1.628.839,18, em decorrência de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referentes aquisições de materiais de uso e consumo do próprio estabelecimento, conforme o Anexo A (fls. 25 a 69).

Argumenta o autuado que os produtos constantes na planilha “Infrações 01 e 02” com a indicação na coluna “p” de “INSUMO” - dispersante, polieletrólito, desemulsificante, resina catiônica, tripolifosfato de sódio, nitrogênio, inibidores de corrosão, amina neutralizante, cloro, cloreto de cálcio, carbonato de sódio, ácido e água - são insumos vinculados ao seu processo produtivo. Para embasar seu argumento apresenta Relatórios Técnicos e, na defesa, sintetiza a utilização desses produtos em conformidade com os citados Relatórios.

Tomando por base as informações constantes nos Relatórios Técnicos e nas correspondentes descrições trazidas na defesa, constato que os produtos em tela são utilizados no tratamento da água que é empregada na refrigeração, na geração de vapor e no tratamento de efluentes. Outros produtos são utilizados no processo de separação da água salgada do petróleo, na prevenção de riscos de oxidações ou de explosões, na inibição de corrosão nos equipamentos, no ajuste de pH e na remoção de substância indesejáveis.

Essas utilizações dos referidos produtos não se coadunam com a alegação defensiva de que tais mercadorias se destinariam a integrar os produtos industrializados pelo autuado, consumindo-se no processo produtivo do estabelecimento. Desse modo, com amparo nos Relatórios Técnicos apresentados e nas descrições constantes na defesa, não há como se classificar os produtos relacionados na autuação como insumos, já que não se integram o produto final e nem se consomem ao final de cada processo produtivo.

Apesar dos abalizados argumentos trazidos na defesa e no pronunciamento posterior, considerando a utilização no processo industrial do estabelecimento, o entendimento firmado neste Conselho de Fazenda é que os produtos relacionados na autuação, por não se integram o produto final e nem se consomem ao final de cada processo produtivo, possuem a natureza de materiais de uso e consumo do estabelecimento e, portanto, é vedada a utilização do correspondente crédito fiscal de ICMS.

No que tange à alegação defensiva de que a glosa de crédito fiscal teria afrontado o princípio da não cumulatividade, ressalto que o procedimento adotado pelos autuantes está em conformidade com a legislação tributária estadual, pois nos termos do art. 29, §1º, II, da Lei Ordinária Estadual nº 7.014/96, o uso do crédito fiscal decorrente da entrada de material de uso e consumo do próprio estabelecimento somente será admitido a partir da data prevista na Lei Complementar 87/96. Por sua vez a Lei Complementar 87/96, no art. 33, I, com a redação dada pela LC 138/10, prevê que *“somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2020”*.

Ademais, considerado a doutrina contábil sopesada com gênese do imposto em tela, as rubricas relativas ao desembolso financeiro com produtos destinados ao uso e consumo do estabelecimento jamais serão considerados para fins de aproveitamento do crédito do ICMS, posto que não compõem o custo do produto e por isso mesmo não serão transferidas ao consumidor final, por se tratarem de despesas, sendo por isso lançadas para fins de apuração de resultado e absorvida pelo resultado do exercício e não como custo da produção.

Registro que o voto citado na defesa relativamente ao Acórdão JF Nº 0262-02/06 não pode ser tomado como paradigma para o presente caso, pois aquele voto não representa o entendimento assente neste Conselho de Fazenda, tanto que não prevaleceu, foi voto vencido.

Em face ao acima exposto, a Infração 01 subsiste integralmente.

Em relação à **Infração 02** que trata de falta de recolhimento de ICMS, no valor de R\$892.197,15, referente à diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de mercadorias destinadas ao uso e consumo do próprio estabelecimento, verifico que os produtos relacionados neste item da autuação são os mesmos tratados na infração anterior.

Dessa forma, uma vez que tais produtos restaram caracterizados como de uso e consumo, nas aquisições interestaduais é devido o ICMS correspondente à diferença entre as alíquotas internas e interestaduais. Considerando que o autuado não comprovou o pagamento dessa diferença de alíquota, a Infração 02 resta devidamente caracterizada.

De referência à **Infração 03**, sob a qual o autuado foi acusado de ter deixado de recolher ICMS, no valor de R\$ 879.515,90, referente à diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de mercadorias destinadas ao uso ou consumo do próprio estabelecimento, o defendente apontou os seguintes equívocos: a) valores de diferença de alíquota que teriam sido recolhidos integralmente; b) diferenças de alíquotas que teriam sido recolhidos com a redução de base de cálculo prevista no Convênio ICMS 52/91; c) e que os Autuantes não teriam considerado o benefício do Programa DESENVOLVE; d) que foi indevidamente exigido diferença de alíquotas sobre operações com substituição tributária.

Na informação fiscal, os autuantes afirmaram que foram analisados todos os argumentos da defesa, tendo acatado alguns deles e, para dirimir dúvidas, emitiram a intimação DTE nº 5368, a qual não foi atendida no prazo e nem de forma satisfatória. Disseram que, com base nas informações apresentadas pelo defendente, elaboraram novo demonstrativo para esta infração excluindo os valores acatados, sendo encontrado o débito remanescente de R\$ 402.649,81.

Ao se pronunciar sobre o resultado da informação fiscal, o Impugnante alegou cerceamento de defesa, sob o argumento de que os autuantes não deram explicações sobre os valores que foram mantidos na autuação.

Essa alegação de cerceamento não se sustenta, pois os autuantes elaboram os demonstrativos de fls. 221 a 267, dos quais o autuado recebeu cópia conforme fls. 269 a 271, nos quais foram detalhados cada um dos valores excluídos da autuação, bem como os valores remanescentes.

Acompanho o posicionamento dos autuantes na informação fiscal, já que foram os próprios responsáveis pela ação fiscal que resultou na lavratura do Auto de Infração que reconheceram a procedência parcial dos argumentos defensivos.

Desta forma a Infração 03 subsiste parcialmente no valor de R\$402.649,81, conforme demonstrado na informação fiscal, da seguinte forma:

DATA OCORR	DATA VENC.	B. CÁLCULO	ALÍQ.	MULTA	VALOR
31/01/13	09/02/13	2.342,18	17%	60%	398,17
28/02/13	09/03/13	121.183,94	17%	60%	20.601,27
31/03/13	09/04/13	218.495,35	17%	60%	37.144,21
30/04/13	09/05/13	4.045,29	17%	60%	687,70
31/05/13	09/06/13	5.143,59	17%	60%	874,41
31/08/13	09/09/13	3.632,88	17%	60%	617,59
30/09/13	09/10/13	19.467,65	17%	60%	3.309,50
31/10/13	09/11/13	8.898,24	17%	60%	1.512,70
30/11/13	09/12/13	12.972,24	17%	60%	2.205,28
31/12/13	09/01/14	57.913,47	17%	60%	9.845,29
31/01/14	09/02/14	776.457,94	17%	60%	131.997,85
28/02/14	09/03/14	157.939,12	17%	60%	26.849,65
31/03/14	09/04/14	21.409,12	17%	60%	3.639,55
30/04/14	09/05/14	635.435,24	17%	60%	108.023,99
31/05/14	09/06/14	74.049,41	17%	60%	12.588,40
30/06/14	09/07/14	51.798,47	17%	60%	8.805,74

31/07/14	09/08/14	1.854,18	17%	60%	315,21
31/08/14	09/09/14	75,00	17%	60%	12,75
30/09/14	09/10/14	20.976,41	17%	60%	3.565,99
31/10/14	09/11/14	1.310,00	17%	60%	222,70
30/11/14	09/12/14	46.277,00	17%	60%	7.867,09
31/12/14	09/01/15	126.851,59	17%	60%	21.564,77
TOTAL DA INFRAÇÃO 03					402.649,81

Versa a **Infração 04** sobre a falta de recolhimento de ICMS, no valor de R\$24.710,32, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais de mercadorias destinadas ao consumo do próprio estabelecimento.

O defendente apontou os seguintes equívocos: a) as transferências interestaduais não constituem fato gerador do ICMS, nos termos da Súmula 166 do STJ; b) não foram considerados valores de diferença de alíquota que teriam sido recolhidos a maior; c) recolhimentos efetuados à alíquota de 3,66%, referentes a mercadorias com redução de base de cálculo prevista no Convênio 52/91.

Quanto à questão da incidência do ICMS nas transferências interestaduais e, em consequência da diferença de alíquota, assiste razão aos autuantes, pois a lei instituidora do ICMS no Estado da Bahia, Lei Ordinária Estadual nº 7.014/96, no seu artigo 4º, inciso XV, expressamente prevê que ocorre o fato gerador do ICMS no momento *“da entrada ou da utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes alcançadas pela incidência do imposto”*.

Ademais, há que salientar que a Lei Complementar 87/96, no seu art. 13, § 4º, expressamente dispõe sobre critérios de determinação da base de cálculo nas transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, pelo que se conclui que tais operações estão dentro do campo de incidência do ICMS. No mesmo sentido aponta a segunda parte do inciso I do artigo 12, ao informar que ocorre *o fato gerador no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro do mesmo titular*.

Também vale ressaltar que a Súmula 166 do STJ, à qual faz alusão o autuado em sua defesa, foi editada antes do advento da Lei Complementar nº 87/96.

Portanto, conforme acima exposto, não há dúvida que a legislação tributária prevê que incide ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas nas transferências interestaduais efetuadas entre estabelecimentos de uma mesma empresa.

Quanto aos demais equívocos apontados na defesa, os autuantes concordam com as alegações apresentadas pelo autuado e elaboraram novos demonstrativos excluindo os valores indevidos, o que reduziu o débito da **infração 04** para R\$14.113,89.

Saliento que não há como prosperar a alegação de cerceamento de defesa, pois os autuantes elaboram os demonstrativos de fls. 221 a 267, nos quais foram detalhados cada um dos valores excluídos da autuação bem como os valores remanescentes, dos quais o autuado recebeu cópia conforme fls. 269 a 271.

Acolho o resultado da informação fiscal, uma vez que os novos valores foram apurados pelos próprios responsáveis pela ação fiscal que resultou na lavratura do Auto de Infração, os quais reconheceram a procedência parcial dos argumentos defensivos.

Quanto ao pedido para que seja reduzida a multa indicada nessa infração, ressalto que por se tratar de multa por descumprimento de obrigação principal, a apreciação de tal matéria ultrapassa as competências das Juntas de Julgamento Fiscal, contrário, portanto, a decisão trazida pela defesa como paradigma, pois esta se deu antes da alteração regulamentar que proferiu o impedimento em tela.

Dessa forma, a Infração 04 subsiste parcialmente no valor de R\$14.113,89, ficando o demonstrativo de débito da seguinte forma:

DATA OCORR	DATA VENC.	B. CÁLCULO	ALÍQ.	MULTA	VALOR
31/01/13	09/02/13	430,71	17%	60%	73,22
28/02/13	09/03/13	137,35	17%	60%	23,35
31/03/13	09/04/13	12.059,53	17%	60%	2.050,12
30/04/13	09/05/13	1.012,94	17%	60%	172,20
31/05/13	09/06/13	744,24	17%	60%	126,52
30/06/13	09/07/13	194,65	17%	60%	33,09
30/07/13	09/08/13	2.939,88	17%	60%	499,78
31/08/13	09/09/13	57,18	17%	60%	9,72
30/09/13	09/10/13	974,35	17%	60%	165,64
31/10/13	09/11/13	1.954,12	17%	60%	332,20
30/11/13	09/12/13	5.766,82	17%	60%	980,36
31/12/13	09/01/14	10.878,76	17%	60%	1.849,39
31/01/14	09/02/14	6.346,71	17%	60%	1.078,94
28/02/14	09/03/14	5.516,00	17%	60%	937,72
31/03/14	09/04/14	5.922,82	17%	60%	1.006,88
31/05/14	09/06/14	1.579,82	17%	60%	268,57
30/06/14	09/07/14	1.071,82	17%	60%	182,21
31/07/14	09/08/14	3.067,82	17%	60%	521,53
31/08/14	09/09/14	3.133,76	17%	60%	532,74
30/09/14	09/10/14	9.096,65	17%	60%	1.546,43
31/10/14	09/11/14	4.746,12	17%	60%	806,84
30/11/14	09/12/14	4.787,94	17%	60%	813,95
31/12/14	09/01/15	602,88	17%	60%	102,49
TOTAL DA INFRAÇÃO 04					14.113,89

Cuida a **Infração 05** da falta de recolhimento de ICMS, no valor de R\$170.350,47, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais de mercadorias destinadas ao consumo do próprio estabelecimento.

O Impugnante apontou os seguintes equívocos: a) valores de diferença de alíquota que teriam sido recolhidos integralmente; b) diferenças de alíquotas que teriam sido recolhidos com a redução de base de cálculo prevista no Convênio ICMS 52/91; c) foi indevidamente exigido diferença de alíquotas sobre operações com substituição tributária; d) foi indevidamente exigido imposto sobre operações de simples faturamento.

Na informação fiscal, os Autuantes afirmaram que analisaram os argumentos do defendente e acataram parte deles e, para dirimir dúvidas, emitiram a intimação DTE nº 5368, a qual não foi atendida no prazo e nem de forma satisfatória. Disseram que, com base nas informações apresentadas pelo defendente, elaboraram novos demonstrativos, excluindo os valores que reconheceram como indevidos, o que reduziu o débito para R\$ 160.291,10.

Ao se pronunciar sobre o resultado da informação fiscal, o defendente mais uma vez alegou cerceamento de defesa, sob o argumento de que os autuantes não deram explicações sobre os valores que foram mantidos na autuação.

Todavia, essa alegação de cerceamento não se sustenta, pois os autuantes elaboram os demonstrativos de fls. 221 a 267, detalhando cada um dos valores excluídos da autuação, bem como demonstrando os valores remanescentes, oferecendo cópia dos referidos demonstrativos ao autuado, conforme fls. 269 a 271.

Acolho o resultado da informação fiscal, já que, além de não constatar qualquer inconsistência, foram os próprios responsáveis pela ação fiscal que resultou na lavratura do Auto de Infração que reconheceram a procedência parcial dos argumentos defensivos.

Assim, a Infração 05 subsiste parcialmente no valor de R\$160.291,10, ficando o demonstrativo de débito da seguinte forma:

DATA OCORR	DATA VENC.	B. CÁLCULO	ALÍQ.	MULTA	VALOR
31/01/13	09/02/13	2.404,71	17%	60%	408,80
28/02/13	09/03/13	1.423,88	17%	60%	242,06
31/03/13	09/04/13	3.401,47	17%	60%	578,25
30/04/13	09/05/13	2.207,59	17%	60%	375,29
31/05/13	09/06/13	1.304,12	17%	60%	221,70
30/06/13	09/07/13	4.496,71	17%	60%	764,44
30/07/13	09/08/13	2.280,53	17%	60%	387,69
31/08/13	09/09/13	8.353,06	17%	60%	1.420,02
30/09/13	09/10/13	8.977,41	17%	60%	1.526,16
31/10/13	09/11/13	7.208,24	17%	60%	1.225,40
30/11/13	09/12/13	3.962,71	17%	60%	673,66
31/12/13	09/01/14	5.340,35	17%	60%	907,86
31/01/14	09/02/14	4.572,12	17%	60%	777,26
28/02/14	09/03/14	328.107,76	17%	60%	55.778,32
31/03/14	09/04/14	220.449,47	17%	60%	37.476,41
30/04/14	09/05/14	259.986,65	17%	60%	44.197,73
31/05/14	09/06/14	10.144,88	17%	60%	1.724,63
30/06/14	09/07/14	915,35	17%	60%	155,61
31/07/14	09/08/14	1.241,18	17%	60%	211,00
31/08/14	09/09/14	6.983,06	17%	60%	1.187,12
30/09/14	09/10/14	6.600,24	17%	60%	1.122,04
31/10/14	09/11/14	9.720,00	17%	60%	1.652,40
30/11/14	09/12/14	3.291,88	17%	60%	559,62
31/12/14	09/01/15	39.515,47	17%	60%	6.717,63
TOTAL DA INFRAÇÃO 05					160.291,10

Quanto à Infração 06 que trata da falta de recolhimento de ICMS, no valor de R\$37.923,79, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais de mercadorias destinadas ao consumo do próprio estabelecimento, verifiquei que o defendente apontou os seguintes equívocos: a) as transferências interestaduais não constituem fato gerador do ICMS, nos termos da Súmula 166 do STJ; b) não foram considerados valores de diferença de alíquota que teriam sido recolhidos.

Quanto à questão da incidência do ICMS nas transferências interestaduais e, em consequência da diferença de alíquota, assiste razão aos autuantes, conforme já me pronunciei neste voto, na apreciação da Infração 04. Em consequência, não há dúvida que a legislação tributária prevê a incidência do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas nas transferências interestaduais efetuadas entre estabelecimentos de uma mesma empresa.

Quanto aos demais equívocos apontados na defesa, os autuantes concordam com as alegações apresentadas pelo autuado e elaboraram novos demonstrativos excluindo os valores indevidos, o que reduziu o débito desse item do lançamento para R\$33.182,05.

Ao se pronunciar sobre a informação fiscal, o defendente alegou cerceamento de defesa, sob o argumento de que os autuantes não deram explicações sobre os valores que foram mantidos. Contudo, essa alegação não merece prosperar, pois os autuantes elaboram os demonstrativos de fls. 221 a 267, dos quais o autuado recebeu cópia conforme fls. 269 a 271, com o detalhamento de cada um dos valores excluídos da autuação, bem como dos valores remanescentes.

Acato o resultado da informação fiscal e, em consequência, a Infração 06 subsiste parcialmente no valor de R\$ 33.182,05, ficando o demonstrativo de débito da seguinte forma:

DATA OCORR	DATA VENC.	B. CÁLCULO	ALÍQ.	MULTA	VALOR
31/01/13	09/02/13	42,24	17%	60%	7,18
31/03/13	09/04/13	41,82	17%	60%	7,11

30/04/13	09/05/13	535,35	17%	60%	91,01
31/05/13	09/06/13	374,12	17%	60%	63,60
30/06/13	09/07/13	91,76	17%	60%	15,60
30/07/13	09/08/13	36,00	17%	60%	6,12
31/08/13	09/09/13	0,71	17%	60%	0,12
31/10/13	09/11/13	80.078,06	17%	60%	13.613,27
30/11/13	09/12/13	6.698,41	17%	60%	1.138,73
31/12/13	09/01/14	3.922,71	17%	60%	666,86
31/01/14	09/02/14	8.977,76	17%	60%	1.526,22
28/02/14	09/03/14	9.088,41	17%	60%	1.545,03
31/03/14	09/04/14	6.219,18	17%	60%	1.057,26
30/04/14	09/05/14	16,47	17%	60%	2,80
31/05/14	09/06/14	22,06	17%	60%	3,75
30/06/14	09/07/14	3.335,47	17%	60%	567,03
31/07/14	09/08/14	2.520,88	17%	60%	428,55
31/08/14	09/09/14	7.911,29	17%	60%	1.344,92
30/09/14	09/10/14	14.411,53	17%	60%	2.449,96
31/10/14	09/11/14	4.338,12	17%	60%	737,48
30/11/14	09/12/14	42.111,18	17%	60%	7.158,90
31/12/14	09/01/15	4.415,00	17%	60%	750,55
TOTAL DA INFRAÇÃO 06					33.182,05

Voto, portanto, pela Procedência Parcial do Auto de Infração, no valor de R\$ 3.131.273,18, conforme a tabela abaixo, devendo ser homologados os valores já recolhidos:

Infrações	A. Infração	Julgamento	Devido
1	1.628.839,18	Procedente	1.628.839,18
2	892.197,15	Procedente	892.197,15
3	879.515,90	Proc. em Parte	402.649,81
4	24.710,32	Proc. em Parte	14.113,89
5	170.350,47	Proc. em Parte	160.291,10
6	37.923,79	Proc. em Parte	33.182,05
TOTAL	3.633.536,81		<b>3.131.273,18</b>

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **299904.0003/16-4**, lavrado contra **PETRÓLEO BRASILEIRO S. A. - PETROBRÁS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.131.273,18**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores efetivamente 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, 07 de agosto de 2018.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR