

PROCESSO - A. I. Nº 206891.3038/16-4
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e PETROLEO BRASILEIRO S.A. – PETROBRÁS
RECORRIDOS - PETROLEO BRASILEIRO S.A. – PETROBRÁS e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0049-01/17
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 22/03/2019

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0050-12/19

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. USO INDEVIDO. Falta de entrega pelo autuado das planilhas referentes ao custo da mercadoria produzida, nos termos do art. 148-A do RICMS/97 e o art. 263 do RICMS/12, conduziram os autuantes a arbitrar a base de cálculo nas transferências interestaduais com base no art. 22-B da Lei nº 7.014/96. Demonstrado que o remetente incluiu itens do sistema produtivo que não compõe a base de cálculo nas transferências interestaduais, conforme definida em lei complementar. Valor do imposto reclamado reduzido em razão da aplicação equivocada da alíquota de 12% em lugar da de 7%, por tratar-se de transferência originada do Estado do Rio de Janeiro. Mantida a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Tratam-se de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos em razão da Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou por unanimidade Procedente em Parte, o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 01/09/2016, para exigir ICMS no valor total de R\$5.728.412,22, em decorrência de ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS nas transferências interestaduais de asfalto diluído intermediário industrializado 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 (01.02.23), ocorrido no exercício de 2012, acrescido de multa de 60% prevista na alínea “a” do inciso VII do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Os autuantes acrescentam no campo da descrição dos fatos que o autuado foi intimado noventa e quatro vezes para entregar a planilha com o custo do asfalto produzido, mas não atendeu. Assim, arbitrou a base de cálculo nas transferências oriundas de outras unidades da Federação, com base no art. 22-B da Lei nº 7.014/96, e procedeu à glosa de créditos fiscais decorrente de valor da base de cálculo a mais nas transferências entre estabelecimentos pertencentes ao mesmo titular e, consequentemente, destaque e utilização a maior do imposto a que o estabelecimento autuado tem direito.

A 1ª JJF dirimiu a lide fundamentando seu voto conforme abaixo transcrito:

VOTO

Inicialmente, verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõe o auto de infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

Entendo desnecessária a remessa dos autos antes do presente julgamento para que o autuado tomasse conhecimento da informação fiscal apresentada pelos autuantes. O novo demonstrativo apresentado pelo autuante foi em concordância com o sugerido pelo próprio autuado em razão da aplicação da alíquota de 12% sobre a base de cálculo das transferências interestaduais. A descrição dos fatos e os relatórios, arquivos e demonstrativos constantes dos autos são suficientes para compreensão dos critérios utilizados pelos autuantes para exigência fiscal em lide.

Entendo, também, desnecessária e, portanto, indefiro o pedido de perícia, pois os elementos constantes dos

autos são suficientes para formar a convicção dos julgadores.

A planilha exigida pelos autuantes referentes ao custo da mercadoria produzida é documento implicitamente necessário ao cumprimento de regra prevista na Lei Complementar para obtenção da base de cálculo nas transferências interestaduais de mercadorias produzidas. Ademais, o art. 148-A do RICMS/97 e o art. 263 do RICMS/12 trouxeram expressamente a produção desta planilha como obrigação acessória do autuado, com efeitos a partir de 14/08/2010. Assim, já estava prevista na legislação à época da ocorrência dos fatos geradores, que culminaram no presente lançamento tributário, a obrigação do autuado em manter à disposição do fisco a referida planilha com os custos de produção da mercadoria produzida em estabelecimento da mesma empresa, localizada em outra unidade da Federação.

O art. 22-B da Lei nº 7.014/96, que trata do ICMS no Estado da Bahia, referida na descrição dos fatos do presente auto de infração, estabelece que a autoridade lançadora poderá arbitrar a base de cálculo do ICMS admitida nos termos do § 4º do art. 13 da Lei Complementar nº 87/96 para efeito de apropriação de crédito fiscal nas transferências entre estabelecimentos pertencentes ao mesmo titular, oriundas de outra unidade da Federação, quando a empresa não fornecer os arquivos magnéticos com o detalhamento da composição do custo da mercadoria produzida.

O autuado não apresentou para o fisco uma planilha dos custos da produção de asfalto diluído, nem aberta nem fechada, impedindo a identificação de cada um dos custos que compõem a base de cálculo nas transferências interestaduais realizadas de estabelecimento industrial, nos termos do inciso II do § 4º do art. 13 da Lei Complementar nº 87/96 (fl. 18).

De acordo com o inciso II do parágrafo único do art. 22-B da lei nº 7.014/96, o arbitramento da base de cálculo será feito da seguinte forma:

“nas transferências de mercadorias produzidas pela própria empresa, a base de cálculo será encontrada pela aplicação, sobre o valor da transferência, do percentual relativo ao somatório do valor da matéria-prima, material secundário, acondicionamento e mão-de-obra sobre o custo total do produto vendido, informados na Declaração do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica - DIPJ, admitindo-se como crédito fiscal o valor encontrado pela aplicação da alíquota interestadual sobre a base de cálculo arbitrada.”

Assim, o método utilizado pelos autuantes está de acordo com a legislação da Bahia. Em razão da correspondência entre a especificidade da metodologia de arbitramento constante no art. 22-B da Lei nº 7.014/96 com a matéria objeto do presente auto de infração, não deveria ser adotada a metodologia estabelecida no art. 22 da Lei nº 7.014/96, como sugeriu o autuado.

Convém destacar que o laudo pericial anexado aos Embargos à Execução nº 0307250-71.2015.8.05.0001, que considerou imperfeito o critério para arbitramento da base de cálculo a partir de um coeficiente de custos calculado com base na DIPJ, consiste em opinativo de perito que não deve sobrepor ao mandamento legal contido no citado art. 22-B da Lei nº 7.014/96.

Das fls. 29 a 31 consta a 94ª intimação realizada pelos autuantes em busca infrutífera pelo custo da mercadoria produzida pelo autuado. Tal comportamento permitiu, com base na Lei do ICMS do Estado da Bahia, que os autuantes procedessem ao arbitramento da base de cálculo nas transferências interestaduais para efeito de averiguação da correta apropriação de crédito fiscal pelo autuado, destinatário das mercadorias. A ação fiscal está, portanto, baseada em princípio legal, art. 22-B da lei nº 7.014/96, e agiu em conformidade com o comando nele expresso. Convém reiterar que o autuado já estava obrigado a manutenção dos arquivos contendo a planilha de custos de cada mercadoria produzida no estabelecimento remetente das mercadorias, pertencente à mesma empresa e localizada em outra unidade da Federação, nos termos do art. 148-A do RICMS/97, regra mantida em vigor no inciso I do art. 263 do RICMS/12.

A base de cálculo das transferências foi encontrada através da DIPJ, tomando como base os montantes correspondentes aos custos de matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento, excluídos os demais com base na fração que representam em relação ao custo total dos produtos declarados da DIPJ.

O art. 22-B da Lei nº 7.014/96 é regra visando o arbitramento de uma base de cálculo. Se constitui em novos critérios de apuração da base de cálculo, que servirá de parâmetro para efeito de averiguação da correta apropriação de crédito fiscal pelo autuado. A ele se aplica a retroatividade da lei prevista no § 1º do art. 144 do CTN.

O art. 22-B da Lei nº 7.014/96 não restringiu o direito ao crédito nem elevou a carga tributária do autuado. Exigir o recolhimento de ICMS em decorrência do uso indevido de crédito fiscal, objeto do presente auto de infração, não se caracteriza como afronta ao princípio constitucional da não-cumulatividade. A compensação do imposto devido em operações sujeitas ao ICMS com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado é garantia constitucional. Mas para que se tenha direito à utilização do imposto cobrado nas operações anteriores é necessário que o imposto cobrado não ultrapasse o estabelecido pela legislação.

A cobrança que excede a devida não pode ser admitida pelo Estado de destino como crédito fiscal para o

destinatário. O princípio da não-cumulatividade não está sendo ferido, pois o remetente não está obrigado a estornar os créditos referentes aos outros itens do custo de produção que não fizeram parte da base de cálculo das mercadorias.

A base de cálculo do imposto devido nas transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa é definida pela Lei Complementar nº 87/96 e não por norma editada por outra unidade da Federação, como a Portaria SSER Nº 35 de 06 de fevereiro de 2013, produzida pelo Estado do Rio de Janeiro.

A definição da base de cálculo pela lei complementar não buscou associar a definição de custo de produção com a contabilidade de custos. Se o legislador tivesse intenção de aplicar o conceito de custo de produção estabelecido pela contabilidade de custos, não haveria de fazer a ressalva contida na norma que restringe os itens que a contabilidade associa ao custo de produção. Por outro lado, o estabelecimento da base de cálculo pela lei complementar não exige que se produza uma contabilidade paralela. Apenas define a base de cálculo a ser consignada no documento fiscal, sem interferir no valor que se queira atribuir à mercadoria nem nos procedimentos para escrituração dos lançamentos contábeis.

Não pode haver outra interpretação senão a de que a base de cálculo nas transferências interestaduais de mercadorias produzidas pelo remetente deve ser composta apenas pelos itens do custo de produção expressamente estabelecidos. Se a intenção do legislador fosse estabelecer como base de cálculo o custo de produção na forma entendida pela contabilidade de custos, não haveria de redefini-lo expressamente como fez na lei complementar.

Se a intenção fosse apenas ser exemplificativo, não haveria de utilizar expressão que indica redefinição restritiva “assim entendida a soma do custo da matéria-prima...”, mas utilizaria expressão que revelasse intenção de apenas citar itens que fizessem parte do conceito aplicado, como “assim entendida a soma de itens como custo da matéria-prima...”.

Como há na Lei Complementar nº 87/96 uma redefinição restritiva da expressão “custo de mercadoria produzida” de forma taxativa, e não uma citação de seus itens de forma exemplificativa, não é possível dar uma interpretação extensiva a esta norma. De fato, a base de cálculo estabelecida na lei complementar contraria propositalmente a metodologia contábil de apuração de custo, à medida que apenas admite na hipótese em lide a utilização de parte dos itens que compõe os custos relacionados ao sistema produtivo.

A presente exigência de ICMS em decorrência do uso indevido de crédito fiscal não representa tratamento discriminatório, mas observância dos limites estabelecidos na Constituição Federal e na Lei Complementar nº 87/96 e visa evitar prejuízos na repartição das receitas tributárias entre os Estados. Aceitar créditos tributários decorrentes de utilização de base de cálculo que extrapola os limites citados seria, por exemplo, o mesmo que aceitar créditos tributários decorrentes de aplicação de alíquota superior ao estabelecido pelo Senado Federal para as operações interestaduais.

Destaco, ainda, que mesmo com a edição da Instrução Normativa nº 52/13, com caráter interpretativo de norma, não deve ser eliminada a imputação de multa ao autuado, com base no inciso I do art. 106 do CTN. O presente auto de infração não foi lavrado com base na referida instrução normativa. A base de cálculo nas transferências foi determinada por meio de arbitramento, com base no art. 22-B da lei nº 7.014/96. E, ainda que tivesse sido lavrado com base na referida instrução, como o presente auto de infração foi lavrado três anos após a sua edição, não há como dispensar a imputação da multa. O referido dispositivo do CTN apenas pode ser aplicado quando a lavratura do auto de infração antecede a edição da suposta norma interpretativa. Assim, mantenho a multa inicialmente exigida.

Por outro lado, concordo com a alegação do autuado de que ocorreu erro material na apuração do imposto devido quando os autuantes aplicaram a alíquota de 12% ao invés de aplicar a alíquota de 7%, já que a mercadoria era originada do estado do Rio de Janeiro. Os próprios autuantes reconhecem o erro cometido e concordam com os resultados obtidos na planilha apresentada pelo autuado em sua defesa, calculando o débito fiscal com aplicação da alíquota de 7%.

Voto pela **PROCEDÊNCIA EM PARTE** do Auto de Infração, ficando reduzida a exigência fiscal para o valor de R\$ 3.808.887,19, nos seguintes termos:

DATA DA OCORRÊNCIA	VALOR HISTÓRICO
31/01/2012	300.077,55
29/02/2012	310.941,21
31/03/2012	305.463,37
30/04/2012	599.043,16
30/06/2012	268.705,03
31/07/2012	270.437,53
30/09/2012	583.094,96
31/10/2012	386.464,19
30/11/2012	427.136,20
31/12/2012	357.523,99

A 1ª JJF recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99.

Inconformado com a decisão proferida pela 1ª JJF, o autuado apresentou Recurso Voluntário, pelos motivos abaixo articulados.

Inicialmente contesta a Informação Fiscal quanto aos itens abaixo destacados:

- alegaram, o que não é verdadeiro, que a PETROBRAS considerou elementos que não a matéria-prima, mão-de-obra, material secundário e acondicionamento;
- conceituaram matérias-primas, materiais secundários, materiais de embalagem e mão-de-obra segundo meros estudos de uma faculdade de São Paulo;
- asseveram que o RAT, RAV, gásóleo não seriam materiais secundários para a produção dos demais produtos de refino e, por isso, não poderiam ser computados no cálculo do custo fiscal do asfalto diluído;
- juntaram documento técnico novo, qual seja, parecer sobre o laudo pericial juntado pela PETROBRAS.

Alerta que no relatório do v. acórdão recorrido, a síntese dos fundamentos fáticos e jurídicos apresentados pelos Autuantes ocupou 4 laudas (fls. 278/281), ao passo que a própria fundamentação do acórdão também abrangeu 4 laudas (fls. 281/184). Logo, não há como refutar a amplitude dos temas tratados pelos Autuantes na Informação Fiscal.

Sinaliza que, mesmo com tão amplos e diversificados assuntos veiculados pela Informação Fiscal, versando sobre temas sobre os quais até então a PETROBRAS não tinha se manifestado, incluindo fatos, diagramas e documentos, entendeu-se desnecessária a remessa dos autos para a sua manifestação (p. 8 do acórdão).

Entende, portanto, que o acórdão acabou visivelmente se maculando de nulidade pela violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, na medida em que deveria ter aberto prazo para a Recorrente se manifestar sobre a Informação Fiscal, conforme o art. 127, § 7º.

Ressalta que o desígnio de se obter celeridade no andamento dos feitos administrativos-fiscais não pode, data maxima venia, ser feito com o atropelo às garantias processuais asseguradas na Constituição Federal e nas leis infraconstitucionais estaduais. Nessa linha, calha invocar o Acórdão CJF nº 0242-11/15, prolatado pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, pelo qual se anulou decisão que não concedeu à PETROBRAS a oportunidade de se manifestar acerca da informação fiscal e demonstrativos (doc. 2).

Requer a anulação do processo administrativo-fiscal a partir da ausência de vista à Autuada para se manifestar sobre a Informação Fiscal, arrastando, por consequência, o acórdão da 1ª JJF.

Ainda nas preliminares, afirma restar superado o argumento do acórdão recorrido pela assertiva de que a base de cálculo seria definida pela Lei Complementar 87/96, e não por ato normativo editado por outra unidade da Federação, in casu, a Portaria SSER 35/2013 do Estado do Rio de Janeiro.

Aponta que cabe a lei complementar federal fixar a base de cálculo do ICMS (art. 155, § 2º, XII, “i”, da CF), sendo, contudo, inegável que os Estados possuem competência legislativa concorrente com a União para legislar sobre direito tributário (art. 24, I, da CF). Assim, a norma tributária editada por um Estado reveste-se de cogência, com força para obrigar os indivíduos a fazer ou deixar de fazer alguma coisa (art. 5º, II, da CF/88).

Com efeito, cabe ao contribuinte apurar o custo fiscal da mercadoria produzida de acordo com os ditames da LC 87/96, mas, de igual modo, seguir a legislação do ICMS do Estado de origem da mercadoria transferida naquilo que não contrariar a lei federal.

Em resumo, entende que no âmbito espacial de incidência da norma tributária e, por conseguinte,

da competência legislativa, atrela-se sempre ao território em que ocorrido o fato gerador. Assim, se o fato impositivo ocorreu no Estado do Rio de Janeiro, escapa à competência do Estado da Bahia a regulamentação normativa do ICMS, sob pena de malferimento ao princípio da territorialidade pela invasão de competência de um ente federativo na competência de outro.

Afirma que a legislação do Estado de origem é aplicável na apuração do custo de produção da mercadoria, seja por lá ocorrer a qualificação dos bens que participam do processo produtivo, seja também porque naquele território se constituiu a obrigação tributária em razão da qual é pago o ICMS que se torna crédito fiscal no Estado de destino.

Neste contexto, na apuração do custo de produção do asfalto diluído intermediário no Estado de origem, deve-se observar o art. 13, §4º, II, da LC 87/96 e, também, a regulamentação lhe conferida pela legislação local, nos termos da Portaria SSER n.º 35 de 6/2/2013, do Subsecretário da Secretaria da Fazenda do Rio de Janeiro.

Se o Estado da Bahia entende que a legislação do Estado de origem exorbitou a competência que lhe confere a Constituição Federal, mesmo em razão de supostamente dispor sobre matéria reservada à lei complementar, resta-lhe apenas levar a questão ao STF, através de ADI ou outras ações ordinárias, nos termos do art. 102, I, “f”, e 103, IV e V, da CF/88.

Cita jurisprudência do STJ, que, amparada em precedentes do STF, a partir dos quais houve reconhecimento de repercussão geral em matéria análoga à presente no RE nº 628.075 RS, decidiu pela impossibilidade de se punir o contribuinte pelo respeito à legislação do Estado de origem.

Aponta para a impossibilidade de a Fiscalização e a 1ª JFF desconsiderarem a legislação do Estado de origem é confirmada pelo art. 167 do RPAF, que – sem limitar a restrição nele prevista à legislação estadual – afirma que “não se incluem na competência dos órgãos julgadores: I - a declaração de inconstitucionalidade”.

Conclui afirmando que a 1ª JFF equivocou-se em não reputar nula a autuação realizada, uma vez que se mostrou desconforme com a legalidade estrita.

Na 3ª nulidade requerida entende que no acórdão recorrido, superou-se o presente argumento pela assertiva de que a norma contida no art. 22-B da Lei Estadual 7.014/96 seria retroativa, prevalecendo a ideia de que se trataria meramente de novo critério de apuração de tributo.

Sinaliza que não há controvérsia de que a metodologia utilizada pela Fiscalização na presente autuação se encontra prevista no art. 22-B da Lei Estadual nº 7.014/1996, dispositivo acrescentado pela Lei nº 12.605/2012 e que produziu efeitos somente a partir de 15/12/2012, ao passo que a escrituração e aproveitamento do crédito se verificaram antes da sua vigência.

Neste contexto, a possibilidade de arbitramento apenas surgiu a partir do exercício de 2013. Antes disso, não havia fundamento para se cogitar do contrário, pois se estaria obrigando os contribuintes a elaborar registros fiscais relativos a períodos pretéritos. Assim, o procedimento adotado pelo Fisco caracterizou ofensa à irretroatividade da legislação tributária, que se encontra prevista no art. 150, III, “b”, da Carta Magna e nos arts. 105 e 106 do CTN.

No mérito afirma que no acórdão recorrido, prevaleceu que a PETROBRAS teria se omitido na prestação de informações detalhadas acerca do custo da produção de asfalto diluído, por isso não mereceria fé o creditamento de ICMS das operações relacionadas ao produto.

Afirma que a PETROBRAS não exhibe planilhas com os custos relacionados ao asfalto diluído, derivado de hidrocarboneto produzido na sua refinaria, em virtude da plena impossibilidade de cumprir tal obrigação.

Sinaliza que a impossibilidade é resultado da natureza do processo produtivo de refino – produção por desagregação do petróleo –, no qual são produzidos compulsoriamente constituintes intermediários que são misturados, processados e tratados para a especificação de derivados.

Tentar definir o custo do asfalto diluído sem a parte dos custos conjuntos na indústria do petróleo é factualmente inviável. Somente é possível atribuir uma visão integrada à situação, distribuindo os custos totais de produção por cada coeficiente de equivalência.

Nota-se, assim, que os Autuantes apenas considerariam corretos os aproveitamentos de ICMS realizados pela PETROBRAS sob a condição de serem demonstrados, com minúcias, os custos específicos do asfalto diluído, condição esta que se revela impossível. À situação, portanto, aplica-se em sua total extensão o art. 124 do Código Civil – CC:

Não significa, contudo, que restará impossível à PETROBRAS ou a qualquer titular de refinarias a elaboração de custos dos seus produtos. Nessas situações, a ciência contábil criou o método da margem bruta percentual do valor líquido realizável: os custos conjuntos da produção são repartidos proporcionalmente ao resultado da multiplicação dos volumes produzidos e seus respectivos valores médios de realização.

A PETROBRAS utiliza o custeio por absorção, contemplando todos os gastos do processo produtivo de refino, com base no critério de realização pelo custo médio: trata-se de processo integrado de custeio compatível com a legislação societária e fiscal, à luz do art. 13 do Decreto-Lei 1.589/77, que, ao dispor sobre o imposto renda, não admite o uso de outro.

Tal aspecto se torna mais claro e óbvio quando o produto considerado é o asfalto diluído, um dos últimos a serem produzidos na complexa cadeia produtiva de uma refinaria, advindo das torres de UDA, de UDV, e do craqueamento analítico.

Assim, com a utilização do custeio por absorção e a distribuição dos custos pela margem bruta percentual do valor líquido realizável, alocam-se no custo do asfalto diluído todos os gastos com insumos para a sua produção, visto que passa por todas as fases do refino.

Verifica-se que a metodologia empregada pela PETROBRAS segue estritamente as regras fiscais e contábeis para a apuração de custos, na linha do Pronunciamento Técnico 16 do Comitê de Pronunciamentos Contábeis, cujo item 14 trata dos custos de produção conjunta, transcreve referido dispositivo.

Alega que em perícia judicial realizada nos Embargos à Execução nº 0307250-71.2015.8.05.0001, no qual são partes a PETROBRAS e o Estado da Bahia e se discute o Auto de Infração nº 279469.0005/12-5, cuja controvérsia é idêntica à do presente caso, embora trate de nafta petroquímica em vez de asfalto diluído. Naquela oportunidade, ressalta que o Perito afirmou ser adequado os cálculos realizados pela PETROBRAS, além de mencionar que a DIPJ e especialmente a ficha 4A – Estoques, não são instrumentos adequados para suportar uma ação de arbitramento dos custos de produção da Embargante.

Esclarece que em seus registros contábeis, o custo de produção é formado pelas contas 41 a 49, mas por força do art. 13, § 4º, II, da LC nº 87/96, o custo fiscal – i.e., o custo da mercadoria produzida – é calculado apenas pelas contas 41 a 44, quais sejam (41 – Matéria Prima, 42 – Materiais, 43 – Pessoal, 44 – Serviços de terceiros)

A partir do custeio por absorção, a PETROBRAS atribuiu gastos incorridos no processo de refino para cada grupo de conta contábil que compõe o custo fiscal, observando o critério de mensuração eleito que, no caso, foi efetuado proporcionalmente ao volume produzido multiplicado pelo preço de realização (método da margem bruta percentual do valor líquido realizável).

O custo de produção (de natureza contábil) é diverso daquele previsto pelo art. 13, §4º, II da LC nº 87/96, - aqui denominado de custo fiscal (de natureza jurídica) - a PETROBRAS utiliza um mecanismo para reduzi-lo proporcionalmente, a fim de formar o custo fiscal de transferência, que é constituído a partir das contas “41 - Matéria Prima”, “42 - Materiais”, “43 - Pessoal” e “44 - Serviços de Terceiros” e limitado à soma entre os custos com “matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento”.

Pontua ainda que a PETROBRAS adotou uma metodologia para determinar a correlação entre o custo de produção e o custo fiscal, por meio do denominado “coeficiente fiscal” (fator de redução). O “coeficiente fiscal” é obtido pela divisão do valor registrado nas contas (41 a 44) que compõem o custo fiscal pelo valor do custo de produção (contas 41 a 49), e reflete, assim, a participação proporcional dos itens previstos no art. 13, §4º, II da LC 87/96 no custo total.

Traz fotos sinalizando para as etapas de produção e composição dos seus custos.

Afirma que no caso concreto, o custeio por absorção utilizado pela Contribuinte é a única metodologia que permite apurar-se os custos de produção de cada derivado, na medida em que qualquer critério diverso é completamente incompatível com o processo de refino.

Desta maneira, sustenta que não há fundamento que sustente a subsistência da Infração nº 1, seja em razão de não haver qualquer erro na metodologia de apuração dos custos utilizada pela PETROBRAS, seja porquanto a base de cálculo utilizada nas transferências interestaduais em questão atendeu à regra do art. 13, §4º, II, da Lei Complementar nº 87/96.

No mérito, traz a suposta inadequação do método da fiscalização para o caso.

Afirma que a DIPJ consolida as informações de todas as operações da pessoa jurídica no território nacional, incluindo todos os segmentos e atividades. No caso da PETROBRAS, portanto, abrange todas as suas amplíssimas atividades econômicas descritas no art. 3º do seu Estatuto Social (doc. 1).

Contesta que o asfalto diluído objeto da presente autuação se trata de apenas uma única mercadoria, dentre múltiplas outras, oriunda do processo de refinação e processamento de petróleo de uma única refinaria. É mínimo o seu peso nos valores consolidados no DIPJ, que abrange o custo de matéria-prima, material secundário, de mão-de-obra e acondicionamento da PETROBRAS em todas as suas atividades econômicas, com a produção de centenas e centenas de produtos.

Pontua que o DIPJ demonstra os valores de custo de todas as mercadorias produzidas pela PETROBRAS. Não há como, num juízo de proporcionalidade, presumir que os valores lançados no DIPJ refiram-se aos custos relacionados à produção de asfalto diluído, ao mesmo tempo em que se ignoram as planilhas produzidas pela PETROBRAS, que tratam precisamente do processo de refino de petróleo e gás natural em que o asfalto diluído é produzido.

Reclama que o arbitramento feito pelos Autuantes, portanto, não pode ser considerado válido, pois feito com base em presunções desacobertadas da mínima razoabilidade. Nessa linha, os próprios Autuantes aduzem o fato de no DIPJ constar como custo da PETROBRAS a proporção de 30% de gasto com o pagamento de “royalties”, dispêndio que não existe na atividade de refino, na qual é produzido asfalto diluído, mas apenas na atividade de prospecção.

Entende que a autuação apurou os custos utilizando de valores referentes a todos as atividades da PETROBRAS, nos quais inclusive se traz uma rubrica exclusiva de uma atividade que não a objeto do presente PAF. Ao levar em conta dados que não aqueles próprios do asfalto diluído, um produto oriundo do refino, o Fisco desvirtuou a realidade fática e ofendeu o princípio da verdade material, uma vez que o custo fiscal da mercadoria foi atribuído de maneira incorreta.

Contesta ainda que a arbitragem utilizou metodologia inaplicável às operação e mercadoria objeto da autuação. Logo, o valor arbitrado pela autuação difere da realidade fática das operações indicadas no Auto de Infração, o que desautoriza a maneira como foi efetuado o arbitramento.

Requer perícia fiscal visto que os fatos e fundamentos apresentados neste recurso são suficientes para revelar que os levantamentos elaborados pela Fiscalização são incapazes de subsidiar a infração em foco, porquanto inúmeras inconsistências foram comprovadas tanto nos demonstrativos quanto nos fundamentos legais das imputações. Traz quesitos para serem submetidos à apreciação da perícia técnica demandada.

VOTO

Tratam-se de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos em razão da decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 01/09/2016, para exigir ICMS no valor total de R\$5.728.412,22.

Apreciando o Recurso de Ofício, verifico tratar-se especificamente da redução vinculada à infração única.

O comando da referida infração sinaliza para utilização indevida de crédito fiscal de ICMS nas transferências interestaduais de asfalto diluído, sendo o Rio de Janeiro o Estado de origem das mercadorias adquiridas.

Assim, de logo, percebe-se erro material na apuração do imposto devido, se observado à fl. 9 dos autos, haja vista que o percentual utilizado pelo fiscal autuante nos seus cálculos foi de 12%, quando o correto seria de 7%, conforme Resolução do Senado Federal nº 22/89 e 13/2012.

Sinalizo que os próprios autuantes reconheceram o erro cometido e concordaram com os resultados obtidos na planilha apresentada pelo autuado em sede de impugnação, retificando o valor exigido para R\$3.808.887,19.

Pelo exposto, reparos não há na decisão de piso. Assim, voto pelo NÃO PROVIMENTO do presente Recurso de Ofício.

Da análise do Recurso Voluntário, verifico à fl. 349 dos autos Pedido de Extinção e Arquivamento protocolado pela recorrente, objetivando liquidar o valor remanescente exigível após decisão de piso.

Isto posto, considerando que a recorrente quitou o valor exigido antes do julgamento de 2ª instância, julgo PREJUDICADO o presente Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206891.3038/16-4**, lavrado contra **PETROLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRÁS**, no valor total de **R\$3.808.887,19**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser cientificado o recorrente desta decisão e, posteriormente, encaminhar os autos ao setor competente para a devida homologação do pagamento e arquivamento do PAF.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de fevereiro de 2019

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS - RELATORA

LEÔNCIO OGANDO DACAL – REPR. DA PGE/PROFIS