

A.I. Nº	269139.0007/21-0
AUTUADO	PETRÓLEO BRASILEIRO S/A PETROBRÁS
AUTUANTE	MARCO AURÉLIO PAUL CRUZ, FRANCISCO NOBRE DE OLIVEIRA e JOSÉ ELMANO TAVARES LINS
ORIGEM	SAT/COPEC
PUBLICAÇÃO	INTERNET – 20/05/2022

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0065-01/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE USO E CONSUMO. Aquisição de material para uso e consumo no estabelecimento, escriturados como se fossem produtos intermediários. Glosa do crédito fiscal correta. Infração subsistente. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE RECOLHIMENTO. Mercadoria arrolada na autuação caracterizada como material de uso e consumo, portanto, cabível a exigência fiscal. Infração subsistente. Não acolhida a nulidade arguida. Indeferido o pedido de realização de perícia. Auto de infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 14/12/2021, formaliza a exigência de ICMS no valor histórico total de R\$ 251.352,23, em decorrência das seguintes infrações imputadas ao autuado:

Infração 01 - 001.002.002 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro, março, abril, junho a novembro de 2018, janeiro, março a junho, agosto, setembro e dezembro de 2019, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 249.760,64, acrescido de multa de 60%;

Infração 02 - 006.002.001 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, no mês de agosto de 2019, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 1.591,59, acrescido de multa de 60%.

O autuado apresentou defesa na qual discorre inicialmente sobre a tempestividade da peça defensiva e sobre os fatos que ensejaram a autuação. Sustenta que o Auto de Infração deve ser anulado com a consequente determinação do seu arquivamento.

Argui em caráter preliminar a ilegitimidade passiva.

Assinala que não se trata de uma filial pertencente à PETROBRÁS, mas sim de um consórcio denominado BCAM 40 – Campo Manati, Inscrição Municipal [estadual] n. 068.079.716, formado pela Petrobrás com 35% (CNPJ nº 33.000.167/0001-01), pela Queiróz Galvão com 45% (CNPJ nº 11.253.257/0001-71), pela Geopark Brasil com 10% (CNPJ nº 17.572.061/0001-26) e pela Brasoil Manati com 10% (CNPJ nº 08.845.534/0001-20).

Observa que a natureza jurídica de um consórcio é de contrato entre pessoas distintas para a exploração de um empreendimento, consoante se depreende do art. 278, § 1º, da Lei Federal n. 6.404/76. Diz que não por outro motivo foi que a Sefaz/BA, reconhecendo a natureza especial do Consórcio BCAM 40 – Campo Manati, concedeu-lhe um regime jurídico especial com a finalidade de operacionalizar as obrigações fiscais: (a) de 1/1/2015 a 30/6/2015, o Parecer nº. 14.278/2013, oriundo do Processo nº 02531320130; (b) de 1/7/2015 a 31/12/2015, o Parecer nº. 34.938/2016, oriundo do Processo nº 16793120155.

No tocante ao aproveitamento de crédito de ICMS, observa que os Pareceres nºs. 14.278/2013 e 34.938/2016, possuem redações idênticas. Reproduz a cláusula quarta de um deles.

Asssevera que a utilização de crédito fiscal de ICMS não é realizada pelo consórcio, tampouco,

integralmente, pela PETROBRAS. Alega que os créditos fiscais de ICMS escriturados pelo consórcio são distribuídos proporcionalmente entre os seus participantes, sendo que tais saldos repercutirão na apuração do ICMS de cada uma das sociedades empresariais consorciadas.

Sustenta que os créditos fiscais de ICMS são distribuídos proporcionalmente entre os participantes do consórcio, assim não utilizou qualquer crédito de ICMS no CNPJ n. 33.000.167/0068-19, haja vista que se trata de CNPJ para constituição da “FILIAL CONSÓRCIO”, que tem como finalidade o gerenciamento das operações do consórcio BCAM-40.

Ressalta que os créditos fiscais foram partilhados entre os consorciados e apropriados por estes, no mês seguinte ao da competência, conforme Livros Registros de Apuração, a quem competirá aproveitar o crédito do ICMS, de conhecimento da Sefaz/BA. Explica que esse aproveitamento se dá mediante escrituração de notas fiscais de transferência de créditos do ICMS na proporção de sua participação no consórcio.

Conclusivamente, requer a declaração de nulidade da autuação.

Reporta-se sobre a atividade fim da PETROBRÁS.

Destaca que a atividade-fim da empresa está intrinsecamente atrelada a lei, sendo patente que no âmbito da indústria de petróleo, inúmeras atividades são gregárias ao processo industrial encontrando fundamento de validade nas definições constantes da Lei n. 9.478/1997. Reproduz o art. 6º do referido diploma legal, o qual traz as definições sobre refino ou refinação, pesquisa ou exploração, lavra ou produção, desenvolvimento e indústria de petróleo. Afirma que não se pode considerar como alheios à atividade fim da PETROBRÁS aquilo que o Fisco quer que seja, sob pena de ferir de morte os conceitos legais acima referidos.

Menciona que a Lei n. 2.004/1953, que criou a PETROBRÁS, dispõe no seu art. 6º que a empresa terá como objeto a pesquisa, a lavra, a refinação, o comércio e o transporte do petróleo e seus derivados bem como de quaisquer atividades correlatas ou afins.

Destaca que as aquisições realizadas pela empresa não se referem à exceção do art. 20, § 1º, da LC 87, na medida em que foram, de fato, utilizados na atividade fim da PETROBRAS, que advém da Lei nº 9.478/97, conforme já visto.

Conclusivamente, diz que os referidos bens não podem ser considerados alheios à atividade fim do estabelecimento, pois representam etapas indissociáveis do processo industrial de produção e refino do petróleo.

Reporta-se sobre a Lei das S/A.

Afirma que o Auto de Infração fere o art. 2º, da Lei nº 6.404/76, e com isso, fere também o art. 110 do CTN, quando altera conceitos jurídicos preestabelecidos, desprezando o fato de que o direito tributário é uma disciplina de superposição, e não pode alterar conceitos, institutos, e a natureza jurídica erigida pelos outros ramos jurídicos, afetando-os - com a finalidade de estabelecer incidência tributária -, especialmente no que se refere ao regramento nacional do Setor de Petróleo e Gás do Brasil.

Reporta-se sobre os insumos – bens vinculados à atividade fim da PETROBRÁS. Direito de crédito – art. 155, II, § 2º, I, da CF. Arts. 19 e 20 da LC 87/96 – ofensas a normas de observância cogente.

Afirma que os insumos objeto da autuação foram aplicados no processo produtivo da Companhia, sendo necessário ao seu processo produtivo e não ao mero “uso ou consumo do estabelecimento”. Ou seja, foram utilizados na atividade-fim da Companhia.

Diz que já está mais do que na hora de a Sefaz/BA compreender e internalizar que o entendimento no qual se baseia o Auto de Infração (do então Convênio ICMS nº 66) não representa o entendimento atual e consolidado dos Tribunais Superiores, em consonância com o que dispõe a Lei Magna e a Lei Kandir, de modo que, tanto quanto sejam analisados cada caso concreto, cada item e cada situação, para observar que os bens são inerentes à consecução do objeto social e ao processo

produtivo desta Companhia, com o seu respectivo crédito tributário.

Reporta-se sobre o princípio constitucional da não cumulatividade.

Salienta que se constitui grave equívoco supor que a Constituição Federal autorize o legislador infraconstitucional ou o administrador, conforme as conveniências e os interesses arrecadatários do Fisco, a estornar ou reduzir créditos fiscais relativos a operações anteriores tributadas, ou mesmo fazer surgir obrigação ante operação/classificação que não se coaduna com os interesses fiscais, especialmente no caso em tela, quando são todas afeitas à finalidade das atividades da Companhia. Invoca e reproduz lições doutrinárias, bem como dispositivos normativos da legislação tributária.

Conclusivamente, diz que assim sendo, não se pode concordar com a exigência do Auto de Infração, quando este pretende excluir do direito ao crédito as mercadorias/bens que são intrinsecamente atreladas a atividade-fim da empresa, e o são mesmo de forma direta, e para atendimento às atividades da Companhia.

Reporta-se sobre a regra matriz do direito de crédito.

Observa que o ICMS é um imposto necessariamente vinculado ao princípio da não-cumulatividade fixado pelo art. 155 § 2º, inc. I, da Constituição Federal, e na linha do que dispõe a Lei Complementar nº 87/1996, no seu art. 20, §§ 1º e 2º.

Sustenta que os créditos de ICMS utilizados pela empresa no que se refere aos bens utilizados na consecução da atividade fim da PETROBRAS não apenas possui fiel embasamento constitucional e legal, mas também no próprio RICMS estadual, sendo a sua escorreita compreensão e observação necessárias para o deslinde do caso concreto, no que se registra o RICMS/BA que permite o crédito quando o bem é destinado à atividade fim do estabelecimento, como se dá no caso concreto. Reproduz os artigos 310, IX e 312, III, do RICMS/BA.

Reporta-se sobre os insumos referenciados na autuação.

Consigna que a cadeia de suprimento de petróleo e gás é tradicionalmente composta por três grandes etapas, designadas por upstream, midstream, downstream e que, nos processos de Exploração e Produção, conhecidos pela sigla E&P (upstream), ocorre primeiro a exploração (pesquisa e prospecção), seguida da extração (lavra ou produção) do petróleo e do gás natural. Os hidrocarbonetos produzidos são transportados, por meio do bombeamento de oleodutos ou carga e descarga de navios até um terminal e/ou refinaria de petróleo para fins de processamento e obtenção dos derivados (midstream). Os produtos finais são comercializados com os clientes, demandando atividades logísticas para transportá-los aos pontos de entrega (downstream).

Assevera que os insumos objeto da autuação foram aplicados no processo produtivo da Companhia, como insumo de produção. Ou seja, os produtos destinam-se, como insumo necessário ao processo produtivo da Companhia e não ao mero “uso ou consumo do estabelecimento”. Ou seja, foram utilizados na atividade-fim da Companhia.

Conclusivamente, diz que não se pode afirmar, como o Fisco o faz que os produtos e combustíveis utilizados pela Companhia tiveram a finalidade de mero uso e consumo (art. 33, I, da LC nº 87/96), conquanto a LC 87/1996 ampliou a possibilidade do aproveitamento dos créditos, pois, *contrario sensu*, vedou-os somente no caso em que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento, não exigindo que eles integrem o produto final (art. 20, § 1º).

Reporta-se sobre o conceito de insumo pelo STJ.

Observa que a 1ª Seção do STJ firmou entendimento quanto ao conceito de insumo para fins tributários, conforme o RESP n. 1.221.170, cujo teor reproduz.

Afirma que o entendimento exposto no Auto de Infração se revela como sendo exatamente o oposto da jurisprudência pacífica e consolidada, pelo que se refuta tal compreensão, de modo que, tanto quanto sejam analisados cada caso concreto, cada item e cada situação, conforme há de ser

demonstrado através de perícia a ser realizada, o que requer, para observar que os bens são inerentes ao processo produtivo da PETROBRAS e à consecução do objeto social, isto é, atividade-fim da Companhia.

Salienta que a classificação efetivada pela PETROBRAS encontra pleno respaldo na Constituição Federal de 1988, na Lei Complementar nº. 87/1996, bem assim no entendimento já pacificado pela jurisprudência mais atual dos Tribunais Superiores brasileiros, caindo por terra, em sua totalidade, a base fático-jurídica da autuação, merecendo, assim, a declaração de improcedência.

Conclusivamente, diz que já está mais do que na hora de a Sefaz/BA de compreender e internalizar que o entendimento no qual se baseia o Auto de Infração (do então Convênio ICMS nº 66) não representa o entendimento atual e consolidado dos Tribunais Superiores, em consonância com o que dispõe a Lei Magna e a Lei Kandir, de modo que, tanto quanto sejam analisados cada caso concreto, cada item e cada situação, para observar que os bens são inerentes à consecução do objeto social e ao processo produtivo da Companhia, com o seu respectivo crédito tributário. Neste sentido, registra e reproduz trechos do entendimento jurisprudencial nos Tribunais pátrios.

Alega a necessidade de produção de prova pericial.

Diz que a perícia é o único meio disponível para resolver a controvérsia, haja vista que a complexidade das operações industriais demanda conhecimento técnico especializado.

Sustenta que a perícia, mediante exame completo de todas as notas fiscais emitidas pela PETROBRAS durante o exercício autuado para identificar os bens definidos como de uso/consumo ou insumos utilizados na atividade fim da Companhia representa elemento fulcral importância para a real compreensão da relação analisada.

Nesse sentido apresenta as seguintes indagações:

- a) Qual a atividade do estabelecimento autuado?
- b) Qual a natureza dos bens/produtos listados no Auto de Infração dentro do contexto da indústria de petróleo e gás?
- c) Os bens relacionados na infração são destinados à consecução da atividade fim do estabelecimento?
- d) Qual é o conceito de insumos?
- e) Os bens foram adquiridos para consecução da atividade fim do estabelecimento?
- f) Os produtos que constam do rol autuado podem ser reconhecidos como insumos na indústria de petróleo?
- g) Tais bens são indispensáveis ao processo produtivo do estabelecimento?
- h) É correto afirmar que os bens adquiridos através das notas fiscais relacionadas pelo fisco são insumos e destinaram-se à atividade fim do estabelecimento?

Consigna que se reserva a indicar o seu assistente técnico no momento processualmente adequado.

Finaliza a peça defensiva requerendo a improcedência do Auto de Infração. Requer, ainda, a produção de todos os meios e prova admitidos pelo direito, especialmente a produção de prova pericial contábil e técnica, reservando-se ao direito de nomear outros assistentes técnicos, bem como de apresentar quesitação complementar, no momento em que for deferida a respectiva perícia.

O autuante, Auditor Fiscal José Elmano Tavares Lins, prestou a Informação Fiscal (fls). Contesta a alegação defensiva atinente a ilegitimidade passiva.

Afirma que o entendimento do autuado é equivocado, pois em sendo assim, nenhuma das filiais constituídas no Estado da Bahia, com a finalidade do gerenciamento das operações dos consórcios elencados no Parecer 34.938/2016, as quais ficaram na qualidade de operadoras, responsáveis pelo

cumprimento das obrigações fiscais dos consórcios, nos termos do Regime Especial concedido, não teriam nenhuma responsabilidade tributária com o Estado da Bahia.

Salienta que por esse entendimento quem deveria ser autuado seriam os estabelecimentos matriz das empresas que compõem o consórcio, no caso, o consórcio BCAM 40 – Campo Manati, os quais se situam em outra unidade da Federação. Ou seja, a Sefaz/BA emitiria uma ordem de serviço para se fiscalizar o Consórcio BCAM 40 – Campo Manati, mas a filial consórcio eleita com finalidade de gerenciamento das operações do respectivo consórcio, na Bahia, ficando ainda, na qualidade de operadora, responsável pelo cumprimento das obrigações fiscais do consórcio, nos termos deste Regime Especial, esta filial consórcio, no caso a IE 68.079.716, não teria nenhuma responsabilidade tributária para com o Estado da Bahia, mas sim, os estabelecimentos matriz que compõem o consórcio BCAM 40 – Campo Manati.

Alega que além disso, como as proporções da participação de cada empresa no consórcio são diferentes, então os Autos de Infração também teriam que refletir essas diferenças.

Afirma que é isso é impraticável. Explica que por essa razão é que foram celebrados os Regimes Especiais aprovados pelo Parecer 34.938/2016, vigente à época de ocorrência dos fatos, para indicar como as operações realizadas pelo consórcio seriam efetuadas e quem seria o responsável tributário junto ao Estado da Bahia.

Salienta que as próprias empresas consorciadas indicaram, por meio dos Regimes Especiais concedidos, quem era o responsável tributário pelas operações realizadas pelo consórcio BCAM 40 – Campo Manati, que é exatamente a IE 68.079.716, ou seja, o autuado. Observa que a cláusula primeira do referido Regime Especial, Parecer 34.938/2016, dispõe que a PETROBRAS ficou ainda, na qualidade de operadoras, responsáveis pelo cumprimento das obrigações fiscais dos consórcios, nos termos do Regime Especial.

Invoca e reproduz os artigos 278 e 279 da Lei 6404, de 15/12/1972, para sustentar que a filial PETROBRAS, inscrita no CNPJ nº 33.000.167/0068-19 e Inscrição Estadual nº 068.079.716, que tem a função de gerir as operações do consórcio denominado BCAM 40 – Campo Manati, é a responsável tributária pelo cumprimento das obrigações fiscais do consórcio.

Quanto à alegação defensiva de que, no caso específico do ICMS, o crédito fiscal a ser apropriado pelas empresas consorciadas está condicionado ao cumprimento de exigência quanto à transferência do mesmo mediante emissão de notas fiscais autorizadas pelo Fisco Estadual, e que estas devem respeitar o percentual de participação de cada um dos membros do consórcio e que a emissão da nota fiscal de transferência de créditos está amparada no parecer DITRI/GETRI nº 34938/2016, diz que é exatamente o que consta no Regime Especial.

Esclarece que a autuação não decorreu da emissão de notas fiscais de transferências da IE 68.079.716 para as demais empresas do Consórcio BCAM 40 – Campo Manati, mas sim porque os créditos fiscais de ICMS que foram apropriados na EFD do autuado, e que foram transferidos para as empresas que compõem o consórcio BCAM 40 – Campo Manati, valores que constaram nestas notas fiscais de transferências, são indevidos.

Reitera que o autuado foi escolhido pelas demais empresas componentes do consórcio, para o gerenciamento das operações do consórcio denominado BCAM 40 – Campo Manati, no Estado da Bahia, ficando ainda, na qualidade de operadora, responsável pelo cumprimento das obrigações fiscais do consórcio perante ao Estado da Bahia, nos termos do Regime Especial já citado, foi a Petrobras IE 68.079.716, desse modo, deve observar a legislação tributária na escrituração dos créditos fiscais de ICMS, e por isso é que a IE 68.079.716 foi autuada pelas infrações à legislação tributária.

Relativamente a alegação defensiva referente à atividade fim da PETROBRAS, afirma o autuante que não procede, haja vista que em nenhum momento houve referência a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento, mas a utilização de crédito de ICMS pela entrada de materiais de uso e consumo.

Assevera o autuante que houve a apropriação indevida de créditos de ICMS referentes à aquisição de materiais de uso e consumo, cuja permissão para utilização do crédito estava prevista, de acordo com a legislação vigente à época dos fatos, a partir de 1º de janeiro de 2020, conforme dispunha o inciso I do art. 33 da Lei Complementar 87/96, cuja redação transcreve.

Acrescenta que a utilização do crédito fiscal tem previsão no art. 309, inciso I, alínea “b” do RICMS/BA, cujo teor reproduz.

Assinala que o RICMS/2012 apresenta o conceito de material de uso e consumo no seu art. 265, inciso XXII, alínea “b”, ou seja, materiais de uso ou consumo, assim entendidos os produtos que tenham sido adquiridos de terceiros e não sejam utilizados para comercialização ou para integrar um novo produto ou, ainda, de produtos que não sejam consumidos no respectivo processo de industrialização.

Afirma que dessa forma, para que se tenha direito ao uso do crédito de ICMS há que se verificar se o produto adquirido foi consumido no processo de extração mineral ou fóssil, ou se, ao contrário, foi utilizado ou consumido fora desses processos, como exemplo de lubrificante, de máquinas, produtos químicos para tratamento de efluentes, inibidores de corrosão, produtos utilizados na manutenção industrial, bem como combustíveis utilizados no transporte de pessoal.

Diz que conforme pode se observar, existe uma diferença entre material de consumo e material intermediário. Aduz que os gastos com os combustíveis, utilizados em embarcações e aeronaves no transporte de pessoal têm natureza distinta dos gastos com o processo de extração de petróleo e gás natural, mesmo sendo todos importantes para a atividade da empresa. Salienta que a legislação tributária do ICMS faz a distinção entre material de consumo e material intermediário, quando só admitia o crédito do material de consumo a partir de 1º de janeiro de 2020, legislação esta vigente à época dos fatos, e, no momento, só a partir de 1º de janeiro de 2033. Afirma que assim sendo, não somente as mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento não admitem crédito, como também, os materiais de uso e consumo que, em 2017 e 2018, não admitiam crédito de ICMS até 1º de janeiro de 2020.

Ressalta que nem todas as aquisições da empresa geram direito ao crédito de ICMS. Assinala que a divergência de entendimento, em relação a autuação, é no que se refere a identificar o que seja material de uso e consumo, haja vista que o direito aos créditos de ICMS, relativo a referidos materiais, foi adiado pela Lei Complementar 171/2019, para 1º de janeiro de 2033.

Observa que o entendimento da Fiscalização, com base na legislação tributária vigente, é que:

- *fluido hidráulico, utilizado na fase de completação de poços, não gera direito ao crédito de ICMS porque faz parte do custo de formação do poço. O poço de petróleo é um imóvel por acesso física.*
- *graxa lubrificante, utilizada na lubrificação de equipamentos: material de consumo.*
- *hipoclorito de sódio, utilizado no tratamento de água e no tratamento de efluentes: material de consumo.*
- *inibidor de corrosão, utilizado para evitar a corrosão de equipamentos: material de consumo.*
- *querosene de aviação, utilizado no transporte aéreo de pessoas: material de consumo.*
- *óleo diesel S500 e óleo diesel marítimo, utilizado no abastecimento das embarcações e plataformas, para provimento de **transporte de pessoal**/bens/insumos/materiais até as unidades marítimas de exploração e produção: material de consumo.*
- *óleos lubrificantes, utilizados na lubrificação de equipamentos: material de consumo.*

Conclusivamente, diz que a alegação de que insumos de produção são todas as mercadorias aplicadas e consumidas na atividade-fim, neste sentido amplo, está incluindo também os materiais de consumo cujos créditos somente serão permitidos a partir de 1º de janeiro de 2033.

No respeitante à alegação defensiva atinente ao direito a não cumulatividade do ICMS e de que os insumos objeto da autuação foram aplicados no processo produtivo da Companhia, no caso insumo de produção, ou seja, que os produtos se destinam, como insumo necessário ao processo produtivo da Companhia e não ao mero “uso ou consumo do estabelecimento”, ou seja, foram utilizados na atividade-fim da Companhia, afirma que não procede, pois se espera que uma empresa adquira apenas aquilo que é necessário à sua atividade fim, ou seja, aquilo que é necessário.

Diz que por essa razão a legislação admite o crédito de ICMS de todos esses itens, uns de imediato, outros parceladamente e outros só a partir de 1º de janeiro de 2033, que é o caso dos materiais de uso e consumo.

No que tange à alegação defensiva referente ao conceito de insumo dado pelo STJ, sustenta que não procede, haja vista que conforme já explicado, a autuação ocorreu pelo fato de o autuado se creditar de bens considerados como sendo materiais de uso e consumo como se gerassem direito ao crédito de ICMS, por se creditar de ICMS de bens utilizados na manutenção de equipamentos, transporte de pessoal e tratamento de efluentes.

Finaliza a peça informativa mantendo na íntegra o Auto e Infração.

Presente à sessão virtual de julgamento o ilustre patrono do Contribuinte, o Advogado, José Marcondes Sérvulo OAB/SE 3.817.

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame, sobre o cometimento de duas infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, sendo que a infração 01 diz respeito à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, e a infração 02 atinente à falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento.

Inicialmente, cabe analisar a arguição defensiva de nulidade do lançamento por ilegitimidade passiva.

Verifico que o autuado, PETROBRÁS, participa na condição de líder e operador em um consórcio, que tem por objeto a exploração, avaliação, desenvolvimento e produção de petróleo e de gás natural nas áreas outorgadas à PETROBRÁS, mediante Contrato de Concessão pela Agência Nacional de Petróleo – ANP, conforme o Regime Especial concedido por meio dos Pareceres nºs 1.343/2006, 14278/2013 e 34938/2016.

Conforme consta no referido Regime Especial, o autuado teve que abrir um CNPJ e Inscrição no Cadastro Estadual específico em seu nome para registro do Consórcio, haja vista que a abertura de Inscrição Estadual vinculada ao CNPJ do Consórcio acarretaria impossibilidade de utilização da infraestrutura de integração de sistemas da própria PETROBRÁS, o que comprometeria sua atuação como empresa líder.

Constato que no Regime Especial originário, assim como nos Regimes Especiais vigentes à época da ocorrência dos fatos geradores, no caso, os Pareceres nº 14278/2013 e 34938/2016, o autuado assumiu a responsabilidade pelo cumprimento das obrigações fiscais do consórcio.

Vale assinalar, que o consórcio é regulado nos arts. 278 e 279 da Lei nº 6.404/76, lei das sociedades anônimas, sendo que o § 1º do art. 278 do referido diploma legal estabelece o seguinte:

Art. 278. As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo.

§ 1º O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.

Relevante consignar, que a condição de líder e responsável pelo cumprimento das obrigações fiscais do consórcio foi assumida pelo autuado no contrato de constituição do consórcio, e confirmado perante a Secretaria da Fazenda quando do requerimento da inscrição estadual e da concessão dos Regimes Especiais, para determinação dos procedimentos especiais para cumprimento de obrigações tributárias.

Diante do exposto, não acolho a nulidade arguida por ilegitimidade passiva do autuado.

Quanto ao pedido de perícia formulado pelo impugnante, considero desnecessária a sua realização,

haja vista que a matéria de cuida o presente Auto de Infração é de conhecimento pleno dos Julgadores, portanto, não exigindo a participação de perito para solução da lide. Ademais, trata-se de matéria recorrente no âmbito deste CONSEF, inclusive com jurisprudência já firmada sobre os tópicos aduzidos pelo impugnante.

Da mesma forma, considero que os quesitos apresentados pelo autuado restam esclarecidos tanto no exame da preliminar de nulidade por ilegitimidade passiva, conforme explanado acima, quanto no exame de mérito da autuação que será feito em seguida.

Diante disso, com fundamento no art. 147, inciso II, alíneas “a” e “b” do RPAF/BA/99, indefiro o pedido de realização de perícia formulado pelo impugnante.

Cabe observar no tocante à infração 01, que não procede a alegação do autuado de não utilização do crédito fiscal quando ele mesmo emite as notas fiscais utilizadas para a transferência dos aduzidos créditos fiscais aos consorciados. Por certo que quando emite documentos fiscais para transferência dos créditos fiscais aos consorciados, ocorre uma efetiva utilização de crédito fiscal.

A infração 01, acusa que o autuado utilizou indevidamente crédito fiscal decorrente da aquisição de lubrificantes, inibidores de corrosão, hipoclorito de sódio, óleo diesel e fluido hidráulico, conforme demonstrativo da infração, constante do CD acostado à fl. 15 dos autos.

Consoante a alínea “b” do inciso I do art. 309 do RICMS, constitui crédito fiscal o valor do imposto cobrado, relativo às aquisições ou recebimentos reais ou simbólicos de matérias-primas, produtos intermediários, catalisadores e material de embalagem, para emprego em processo de industrialização e extração mineral ou fósfil. A condição para apropriação do crédito fiscal na atividade industrial ou extrativa, é que a mercadoria seja integrada ou consumida em processo de industrialização ou extração.

O entendimento predominante neste CONSEF, aponta no sentido de que o que importa para que uma mercadoria possa ser caracterizada como produto intermediário, é onde e como o desgaste ocorre. Ou seja, há necessidade de restar caracterizado que a mercadoria participou diretamente no processo de fabricação ou extração, para que o direito ao crédito fiscal fique configurado.

Observo que os lubrificantes são utilizados na manutenção de equipamentos, os inibidores de corrosão e o hipoclorito de sódio já foram objeto de discussões neste CONSEF em julgamentos de Auto de Infração em que figurou no polo passivo a PETROBRÁS, sendo a decisão de que se trata de materiais de uso ou consumo, conforme verifica-se nos excertos do voto proferido no Acórdão CJF Nº 0356-12/18:

[...]

Outra parte desses materiais possui a função de anticorrosivos, informação que se extrai dos laudos acostados ao processo. São eles: “amina neutralizante”, “biocida”, “carbonato de sódio”, “cloro”, “dispersante”, “hipoclorito de sódio”, “inibidores” e “tripolifosfato de sódio”. São, igualmente, materiais de uso/consumo cuja função é a preservação dos equipamentos. Não podem propiciar direito ao crédito, pois não se integram nem possuem contato direto com o produto fabricado. [...]

Assim sendo, no presente caso, os materiais arrolados na autuação não podem ser classificados como produtos intermediários, mas sim de uso/consumo do estabelecimento, sendo, desse modo, correta a glosa do crédito fiscal conforme a autuação.

Cabe consignar, que apesar de o impugnante haver invocado decisões judiciais, não trouxe aos autos elementos que pudessem permitir estabelecer o caráter vinculante entre as referidas decisões e o presente caso, sendo que a jurisprudência predominante deste CONSEF aponta no sentido de inadmissibilidade dos créditos fiscais decorrentes de aquisições de materiais de uso/consumo do estabelecimento.

Diante do exposto, a infração 01 é subsistente.

No tocante à infração 02, não resta dúvida quanto à correta exigência fiscal, haja vista que a única Nota Fiscal arrolada neste item da autuação, no caso a Nota Fiscal nº. 133724, diz respeito à aquisição

de Hipoclorito de sódio destinado ao tratamento de água e de efluentes, portanto, material de uso e consumo do estabelecimento, sendo, desse modo, exigível o ICMS referente à diferença de alíquota, conforme a autuação. Infração subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269139.0007/21-0**, lavrado contra **PETRÓLEO BRASILEIRO S/A PETROBRÁS**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 251.352,23**, acrescido da multa de 60%, prevista na alínea “f”, do inciso II, e na alínea “a” do inciso VII, ambos do art. 42 da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos legais previstos pela Lei nº 3.956/81.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 28 de abril de 2022.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR