

A. I. Nº - 269139000312-6
AUTUADO - PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRÁS
AUTUANTES - JOSÉ ELMANO TAVARES LINS e JOSÉ ANTONIO SOARES SEIXAS
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 22.02.2013

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0004-02/13

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ESTORNO DE DÉBITO EFETUADO IRREGULARMENTE E UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO PRESUMIDO. Infração caracterizada. Os fatos são relativos a créditos fiscais do ICMS utilizados indevidamente nas transferências de matérias de uso e consumo. O sujeito passivo não trouxe aos autos os elementos probatórios de que efetivamente os créditos aproveitados obedeceram aos critérios previstos no RICMS/BA. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 14/08/2012, exige ICMS no valor histórico de R\$3.069.060,69 em razão de utilizar indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente à transferência interestadual de bem de uso e consumo. Usou crédito fiscal de ICMS por estorno de débito, lançado no Livro RAICMS, referente às transferências interestaduais de bens de uso e consumo, em desacordo com o que determina o Art. 624, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 6.284/97.

Consta ainda que o contribuinte, ao efetuar transferências interestaduais, efetuou o estorno de débito relativo ao valor total do ICMS destacado nas notas fiscais de transferências de material de uso e consumo nos meses de janeiro a dezembro de 2010, e também efetuou um crédito presumido no percentual de 5% calculado sobre o valor contábil das transferências para as seguintes UFs: AL, AM, CE, GO, MT, MG, MS, PE, PR e RJ. O ICMS com valor de R\$ 3.069.060,69. Multa de 60%.

A defesa argumenta às fls. 98 a 106, que, nos termos do Art. 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, o prazo para interposição de impugnação contra o lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa é de 30 dias.

Assegura que a ciência do auto de infração se deu no dia 16/08/2012, contados 30 dias corridos a partir desta data, o prazo venceria em 15/09/2012, todavia, por se tratar de um sábado, o termo final fica postergado para o dia útil imediatamente posterior, qual seja, 17/09/2012.

Destarte, evidencia a tempestividade da presente medida uma vez que ela foi apresentada dentro do prazo legal.

Aduz ainda que a autuação em epígrafe foi entabulada em razão do contribuinte ter utilizado crédito fiscal do Imposto Sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços decorrente de transferência interestadual de bem de uso e consumo entre estabelecimentos de sua titularidade.

Todavia, entende que o procedimento efetuado pela Petróleo Brasileiro S/A – PETROBRÁS não encontra amparo na legislação, a Autoridade Fiscal lavrou a cobrança supra indicada e exige da contribuinte o valor histórico de R\$ 3.069.060,69 (Três milhões sessenta e nove mil sessenta reais e sessenta e nove centavos).

Entretanto, assinala que a autuação padece de legitimidade e deve ser julgada improcedente uma vez que a contribuinte agiu em conformidade com a legislação e não trouxe prejuízo ao erário.

Argumenta também que a infração refere-se a dois fatos: 1) utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, lançado Registro de Apuração do ICMS a título de crédito presumido nas transferências de Materiais de Consumo, consoante Art. 96, IV, e 624 do RICMS/BA; 2) utilização de crédito fiscal do ICMS, por estorno de débito, lançado no LRAICMS, referente a transferências interestaduais de bens de uso e consumo.

Ressalta ainda que os artigos 96 e 624 do RICMS/BA afirmam que são concedidos créditos presumidos do ICMS, para fins de compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e de apuração do imposto a recolher nas transferências interestaduais entre estabelecimentos da mesma empresa de bens de uso e consumo.

Destaca que tais dispositivos regulamentares foram editados aos auspícios do Convênio ICMS 19/91, que assim preconizava:

Cláusula primeira- Nas operações interestaduais, relativas a transferências entre estabelecimentos da mesma empresa, de bens integrados ao ativo imobilizado ou de material de uso ou consumo, observar-se-á:

I - nas saídas do estabelecimento remetente, este:

a) emitirá Nota Fiscal, indicando como valor da operação, o da última entrada do bem imobilizado ou do material de consumo, aplicando-se a alíquota interestadual;

b) lançará os créditos fiscais originários cobrados, a qualquer título, sobre o respectivo bem ou material de consumo;

Salienta ainda que o Convênio ICMS 19/91 criou um sistema de créditos presumidos e estorno de créditos para transferências interestaduais dos bens do ativo imobilizado e bens de uso e consumo. O remetente do bem deveria emitir Nota Fiscal de transferência pelo mesmo valor da operação de entrada anterior, fazendo incidir a alíquota interestadual. Após a emissão da referida Nota, deveria lançar todos os créditos fiscais anteriores. Assim, caso do cotejo entre os créditos de entradas e débitos de saída resultasse crédito inferior, haveria crédito presumido de modo a desonerar a alíquota interestadual. Por outro lado, se do cotejo resultassem crédito superior, deveria ocorrer o estorno de crédito, conforme a seguir:

Cláusula segunda Para os efeitos da Cláusula primeira, ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a:

I - conceder crédito presumido, se, do confronto entre os créditos e os débitos, resultar crédito inferior, no valor correspondente à diferença apurada;

II - exigir estorno de crédito, se, do confronto em referência, resultar crédito superior, no valor correspondente à diferença constatada.

Entende que a autuada lançou o respectivo crédito presumido e dele se utilizou com base na própria legislação tributária, não havendo erro ou equívoco em seu procedimento, nem tampouco prejuízo em desfavor do erário. Portanto, sendo adequada a tomada do crédito presumido, nada há que se questionar sobre a regularidade da apropriação dos créditos.

Consigna ainda, que em relação à utilização de crédito fiscal do ICMS por estorno de débito lançado no LRAICMS, referente a transferências interestaduais de bens de uso e consumo também não há equívoco por parte da contribuinte.

O Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, previsto no art. 155, inciso II, da Constituição Federal, incide sobre operações relativas à circulação de mercadorias e serviços, envolvendo negócio jurídico mercantil, e não sobre simples mercadoria ou quaisquer espécies de transferência.

Segundo a regra constitucional, destaca que a tributação deve recair sobre a transferência do titularidade do bem, sendo o seguinte o entendimento do professor Roque Antônio Carrazza:

“Por outro lado, o imposto em tela incide sobre operações com mercadorias (e não sobre a simples circulação de mercadorias). Só a passagem de mercadoria de uma pessoa para outra, por força da prática de um negócio jurídico, é que abre espaço à tributação por meio do ICMS.”

Neste sentido, argumenta também com a lição de Geraldo Ataliba:

“A sua perfeita compreensão e a exegese dos textos normativos a ele referentes evidencia prontamente que toda a ênfase deve ser posta no termo ‘operação’ mais do que no termo ‘circulação’. A incidência é sobre operações e não sobre o fenômeno da circulação. O fato gerador do tributo é a operação que causa a circulação e não esta”.

Aduz que o fato gerador do ICMS é verificado quando ocorre efetiva circulação jurídica da mercadoria, vale dizer, quando se dá a transferência da posse. A hipótese de incidência do ICMS somente restará verificada, quando houver iniciativa do contribuinte que implique movimentação física e econômica de mercadorias com transferência de titularidade. A incidência do ICMS nas operações em transferência de mercadorias tem sido reiteradamente afastada pela nossa Jurisprudência.

Argüi que o próprio Superior Tribunal de Justiça sumulou entendimento segundo o qual, Súmula 166, *“Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadorias de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”.*

Sendo assim, assinala que a Embargante ao transferir bens de uso e consumo para seus estabelecimentos localizados em outros estados da federação, emitiu notas fiscais com a alíquota interestadual destacada, de modo a cumprir obrigação acessória. Porém, estornou o débito do destaque da alíquota interestadual e se creditou de valor equivalente, uma vez que nada devia ao sujeito ativo do tributo, por se tratar de meras transferências de bens entre estabelecimentos de uma mesma empresa, não restando prejuízo ao Fisco Estadual.

Nesta linha, entende que quando praticou as operações indicadas na autuação em que houve apropriação de crédito do ICMS a autuada agiu corretamente, em acordo com as diretrizes da própria legislação do tributo, não havendo valor a recolher em favor do erário estadual. Ademais, salienta com a edição da Lei Complementar Federal nº.87/96, bem como o entendimento jurisprudencial sumulado pelo STJ (SÚMULA 166/STJ), que a exigência de escriturar e emitir documentos fiscais nos moldes exigidos pelo Convênio ICMS 19/91 e artigos 96 e 624 do RICMS revela-se obrigação acessória anacrônica, haja vista a revogação do Convênio ICMS 66/88 e a pacificação de que transferências interestaduais de bens do ativo imobilizado e de uso e consumo, entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte, não se afiguram como fatos geradores do ICMS.

Destarte, menciona que os fatos ora em análise sequer chegam a configurar hipótese de incidência do ICMS, uma vez que não ocorreu circulação efetiva da mercadoria, não havendo que se discutir sobre eventual estorno de débito ou crédito presumido, haja vista a inexistência do próprio fato gerador do tributo.

Assim sendo, consigna que é possível concluir que o entendimento exarado na autuação afronta o regime constitucional do tributo, uma vez que desconsidera o elemento material da hipótese de incidência do denominado ICMS, que se verifica com a efetiva mudança de titularidade jurídica do bem.

Por fim, pede que seja julgado improcedente o auto de infração nº 269139.0001/12-6, anulando-se a infração imputada em razão dos os argumentos acima expendidos.

Protesta pela produção de todos os meios de prova admitidos pelo direito, em especial a produção de prova documental e a pericial contábil e técnica reservando-se ao direito de nomear assistente técnico no momento em que for deferida a respectiva perícia.

A autuante apresenta informação fiscal, às fls. 378 a 382. Preliminarmente, relata a arguição do autuado de que a utilização do crédito presumido, lançado no Livro Registro de Apuração do ICMS, referentes às transferências interestaduais de bens de uso e consumo, foi efetuado de acordo com os artigos 96 e 624 do RICMS/BA.

Relata em relação ao estorno de débito de ICMS, a autuada entende que ao transferir bens de uso e consumo para seus estabelecimentos localizados em outros estados da federação, emitiu notas fiscais com a alíquota interestadual destacada, de modo a cumprir obrigação acessória, porém,

estornou o débito do destaque da alíquota interestadual e se creditou de valor equivalente, bem como o ICMS previsto no art. 155, inciso II, da Constituição Federal, incide sobre operações relativas à circulação de mercadorias e serviços, envolvendo negócio jurídico mercantil, e não sobre simples mercadoria ou quaisquer espécies de transferência. Acrescenta o argumento do autuado de que o próprio Superior Tribunal de Justiça sumulou entendimento segundo o qual, Súmula 166, “Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadorias de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”.

Assinala que a autuada, nas transferências interestaduais de material de uso e consumo, CFOP 6557, destaca o ICMS nas notas fiscais de transferências. Na escrita fiscal lança o valor do débito de ICMS relativo a essas notas fiscais e, em seguida, estorna tais valores no livro Registro de Apuração do ICMS, o que é feito em desacordo com o que preceitua o RICMS/BA, alínea “b”, Inciso I, e, Inciso III, ambos do § único, do Art. 624, como segue:

Art. 624.

Parágrafo único. Não se aplica a suspensão de que cuida este artigo quando os bens ou materiais forem remetidos em caráter definitivo, hipótese em que será observado o seguinte:

I - na saída do estabelecimento remetente:

a) tratando-se de bem do ativo permanente:

(...)

b) tratando-se de bem de uso ou material de consumo (Conv. ICMS 19/91):

1 - será emitida Nota Fiscal, indicando como valor da operação o da última entrada do bem ou material, aplicando-se a alíquota interestadual;

2 - serão lançados os créditos fiscais originariamente cobrados, a qualquer título, sobre o respectivo bem ou material, pelo valor histórico, se ainda não utilizados;

II – (...)

III - para os efeitos da alínea “b” do inciso I, conforme o caso, será:

a) concedido crédito presumido, no valor correspondente à diferença apurada, se, do cotejo entre os débitos e os créditos, resultar saldo devedor;

b) exigido o estorno do crédito, no valor correspondente à diferença apurada, se, do cotejo entre os débitos e os créditos, resultar saldo credor.

Aduz ainda que a autuada, ao calcular o crédito presumido, em vez de observar o que determina a legislação, adota um procedimento próprio conforme demonstrado no Doc. 1, fls. 38 a 49, cuja relação analítica das notas fiscais que compõem tal demonstrativo consta no Doc. 02, fls. 51 a 96.

Assinala que a alínea “b”, do Inciso III, do § único, do art. 624 diz que na saída do estabelecimento remetente de bem de uso ou material de consumo serão lançados os créditos fiscais originariamente cobrados, a qualquer título, sobre o respectivo bem ou material, pelo valor histórico, se ainda não utilizados. Só seria possível a verificação da utilização ou não do crédito de ICMS, bem como o seu valor se os créditos lançados na apuração do ICMS fossem relativos a notas fiscais de entradas e não como é feito pela autuada, que é em função das notas fiscais de saídas.

Salienta que a concessão do crédito presumido, no valor correspondente à diferença apurada, se, do cotejo entre os débitos e os créditos, resultar saldo devedor, conforme dispõe a alínea “a”, do inciso III, do § único, do art. 624, só é possível se houver a identificação das notas fiscais de entradas respectivas.

Consigna que a exigência do estorno do crédito, no valor correspondente à diferença apurada, se, do cotejo entre os débitos e os créditos, resultar saldo credor conforme dispõe a alínea “b”, do inciso III, do § único, do art. 624, só é possível se houver, também, a identificação das notas fiscais de entradas respectivas.

Assegura que a autuada não identificou as notas fiscais de aquisição a que se refere o valor do estorno de débito e ao crédito presumido. A falta dessa identificação impede à fiscalização de

verificar se na entrada do material houve ou não crédito do ICMS, pois há materiais que podem ser considerados como ativo imobilizado ou como material de uso ou consumo, a depender de sua destinação. Como exemplo, partes e peças adquiridas para compor um equipamento novo e essas mesmas peças adquiridas para substituir outras desgastadas. A primeira gera o direito ao crédito por se classificar como Ativo Imobilizado, a segunda, peça de reposição, que é uma despesa, não gera direito ao crédito. Somente através da verificação da nota fiscal de aquisição e o seu registro é que a fiscalização pode distinguir um caso do outro.

Portanto, entende que a autuada adotou um critério particular para se creditar do ICMS sem previsão na legislação do ICMS.

Argumenta que a utilização indevida de créditos de materiais de uso e consumo decorre de procedimento recorrente da autuada, que por questões corporativas insiste na utilização desses créditos, sem observância do Regulamento do ICMS/BA.

Por fim, pede pela manutenção integral da ação fiscal.

O contribuinte se manifesta novamente, às fls. 389 a 396. Preliminarmente entende que em sede de informações fiscais as Autoridades Autuantes aduziram que a Autuada agiu em desacordo com o que preceitua o RICMS/BA, alínea “b”, incisos I e III, ambos do parágrafo único do art. 624. Afirmaram que a autuada, nas transferências interestaduais de material de uso e consumo, CFOP 6557, destaca o ICMS nas notas fiscais de transferência, lançando na escrita fiscal o valor do débito de ICMS relativo a essas notas fiscais e, em seguida, estorna tais valores no livro Registro de Apuração do ICMS.

Salienta ainda que em relação à apropriação do crédito presumido, menciona que a legislação determina que nas saídas de bens de uso e consumo para remessa para outro estabelecimento do mesmo contribuinte serão lançados os créditos fiscais originariamente cobrados, a qualquer título, sobre o respectivo bem ou material, pelo valor histórico, se ainda não utilizados.

Assegura ainda que a legislação concede crédito presumido no valor correspondente à diferença apurada, se do cotejo entre os débitos de ICMS e os créditos acima indicados, resultar saldo devedor e que se exige o estorno do crédito, no valor correspondente à diferença apurada, se, do cotejo entre os débitos e os créditos resultar saldo credor.

Por fim, afirma que para a verificação dos respectivos saldos se credor, a garantir o crédito presumido, ou devedor, a exigir o respectivo estorno é necessária a identificação das notas fiscais de entrada dos referidos bens.

Argumenta que a autuação padece de legitimidade e deve ser julgada improcedente uma vez que a contribuinte agiu em conformidade com a legislação e não trouxe prejuízo ao erário.

Salienta que a infração se refere a dois fatos: 1) utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, lançado no Registro de Apuração do ICMS a título de crédito presumido nas transferências de Materiais de Consumo, consoante Art. 96, IV, e 624 do RICMS/BA; 2) utilização de crédito fiscal do ICMS, por estorno de débito, lançado no LRAICMS, referente a transferências interestaduais de bens de uso e consumo.

Entende que ambos os procedimentos fiscalizados nos quais supostamente existe irregularidade, a contribuinte agiu de acordo com o delineamento constitucional do próprio ICMS que dispensa de tributação as operações que não importem em transferência jurídica de mercadoria.

Ressalta ainda que tanto a utilização de crédito presumido quanto o creditamento por estorno de débito, referente a transferências interestaduais de bens de uso e consumo, servem para anular financeiramente o encargo do ICMS nas transferências destes bens entre estabelecimentos de propriedade da autuada.

Destaca ainda que sequer deveria haver incidência de ICMS nestas transações, todavia, ainda assim, a contribuinte faz o recolhimento do ICMS decorrente destas operações e em seguida se utiliza da própria legislação estadual para se utilizar do crédito presumido e também realizar o estorno do débito.

Argumenta também que a previsão dos artigos 96 e 624 do RICMS/BA, segundo os quais são concedidos créditos presumidos do ICMS, que para fins de compensação com o tributo devido em

transferências interestaduais entre estabelecimentos da mesma empresa de bens de uso e consumo.

Consigna ainda que tais dispositivos regulamentares foram editados aos auspícios do Convênio ICMS 19/91, que assim preconizava:

Cláusula primeira Nas operações interestaduais, relativas a transferências entre estabelecimentos da mesma empresa, de bens integrados ao ativo imobilizado ou de material de uso ou consumo, observar-se-á:

I - nas saídas do estabelecimento remetente, este:

a) emitirá Nota Fiscal, indicando como valor da operação, o da última entrada do bem imobilizado ou do material de consumo, aplicando-se a alíquota interestadual;

b) lançará os créditos fiscais originários cobrados, a qualquer título, sobre o respectivo bem ou material de consumo;

Argumenta que o Convênio ICMS 19/91 criou um sistema de créditos presumidos e estorno de créditos para transferências interestaduais dos bens do ativo imobilizado e bens de uso e consumo. O remetente do bem deveria emitir Nota Fiscal de transferência pelo mesmo valor da operação de entrada anterior, fazendo incidir a alíquota interestadual. Após a emissão da referida Nota, deveria lançar todos os créditos fiscais anteriores. Assim, caso do cotejo entre os créditos de entradas e débitos de saída resultasse crédito inferior, haveria crédito presumido de modo a desonerar a alíquota interestadual. Por outro lado, se do cotejo resultassem crédito superior, deveria ocorrer o estorno de crédito, conforme a seguir:

Cláusula segunda Para os efeitos da Cláusula primeira, ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a:

I - conceder crédito presumido, se, do confronto entre os créditos e os débitos, resultar crédito inferior, no valor correspondente à diferença apurada;

II - exigir estorno de crédito, se, do confronto em referência, resultar crédito superior, no valor correspondente à diferença constatada.

Argüi que a autuada lançou o respectivo crédito presumido e dele se utilizou com base na própria legislação tributária, não havendo erro ou equívoco em seu procedimento, nem tampouco prejuízo em desfavor do erário. Portanto, sendo adequada a tomada do crédito presumido, nada há que se questionar sobre a regularidade da apropriação dos créditos.

Destaca também que em relação à utilização de crédito fiscal do ICMS por estorno de débito lançado no livro Registro de Apuração do ICMS, referente a transferências interestaduais de bens de uso e consumo também não há equívoco por parte da contribuinte.

Salienta que o Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, previsto no art. 155, inciso II, da Constituição Federal, incide sobre operações relativas à circulação de mercadorias e serviços, envolvendo negócio jurídico mercantil, e não sobre simples mercadoria ou quaisquer espécies de transferência.

Segundo a regra constitucional, afirma que a tributação deve recair sobre a transferência da titularidade do bem, sendo o seguinte o entendimento do professor Roque Antônio Carrazza:

“Por outro lado, o imposto em tela incide sobre operações com mercadorias (e não sobre a simples circulação de mercadorias). Só a passagem de mercadoria de uma pessoa para outra, por força da prática de um negócio jurídico, é que abre espaço à tributação por meio do ICMS.”

Neste sentido, fundamenta também com a lição de Geraldo Ataliba:

“A sua perfeita compreensão e a exegese dos textos normativos a ele referentes evidencia prontamente que toda a ênfase deve ser posta no termo ‘operação’ mais do que no termo ‘circulação’. A incidência é sobre operações e não sobre o fenômeno da circulação. O fato gerador do tributo é a operação que causa a circulação e não esta”.

Consigna ainda que o fato gerador do ICMS verifica-se quando ocorre efetiva circulação jurídica da mercadoria, vale dizer, quando se dá a transferência da posse. A hipótese de incidência do ICMS somente restará verificada, quando houver iniciativa do contribuinte que implique movimentação física e econômica de mercadorias com transferência de titularidade. A incidência do ICMS nas operações em transferência de mercadorias tem sido reiteradamente afastada pela nossa Jurisprudência.

Argumenta ainda que o próprio Superior Tribunal de Justiça sumulou entendimento segundo o qual, Súmula 166, “Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadorias de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”.

Sendo assim, entende que a Embargante ao transferir bens de uso e consumo para seus estabelecimentos localizados em outros estados da federação, emitiu notas fiscais com a alíquota interestadual destacada, de modo a cumprir obrigação acessória. Porém, estornou o débito do destaque da alíquota interestadual e se creditou de valor equivalente, uma vez que nada devia ao sujeito ativo do tributo, por se tratar de meras transferências de bens entre estabelecimentos de uma mesma empresa, não restando prejuízo ao Fisco Estadual.

Nesta linha, frisa que quando praticou as operações indicadas na autuação em que houve apropriação de crédito do ICMS a autuada agiu corretamente, em acordo com as diretrizes da própria legislação do tributo, não havendo valor a recolher em favor do erário estadual.

Destarte, menciona também que os fatos ora em análise sequer chegam a configurar hipótese de incidência do ICMS, uma vez que não ocorreu circulação efetiva da mercadoria, não havendo que se discutir sobre eventual estorno de débito ou crédito presumido, haja vista a inexistência do próprio fato gerador do tributo.

Assim sendo, assegura que é possível concluir que o entendimento exarado na autuação afronta o regime constitucional do tributo, uma vez que desconsidera o elemento material da hipótese de incidência do denominado ICMS, que se verifica com a efetiva mudança de titularidade jurídica do bem.

Conclui, com relação às afirmações exaradas nas informações fiscais, segundo a qual é necessária a identificação da nota fiscal de entrada dos bens, que ante a grande quantidade de documentos e complexidade dos bens envolvidos, reitere-se o pedido de perícia efetuado na Impugnação para que seja efetuada análise das notas fiscais de entrada em paralelo com as notas fiscais de saída.

De logo indica os seguintes quesitos:

- 1) *Quais as notas fiscais de entrada relativas aos bens que foram transferidos por intermédio das notas fiscais referidas no anexo ao auto de infração ora impugnado?*
- 2) *Os bens indicados nas notas fiscais configuram-se material de uso e consumo ou compõe o ativo imobilizado da autuada?*
- 3) *Do cotejo entre os débitos/créditos de ICMS referentes às operações acima indicadas resultou saldo credor ou saldo devedor em favor da autuada?*
- 4) *Houve a correta apropriação dos respectivos saldos credor ou devedor?*
- 5) *Da apropriação do crédito presumido e do estorno de débito lançado no Livro de Apuração do ICMS referente as transferências interestaduais de bens de uso e consumo houve prejuízo ao erário ou falta de recolhimento de tributo devido?*

Por fim, ratifica o sujeito passivo, em todos os seus termos a Impugnação apresentada, requerendo:

- 1) O deferimento de produção de prova pericial, conforme fora requerido acima;
- 2) Ao fim declarar a improcedência do auto de infração nº 269139.0003/12-6, nos moldes em que foi apresentada a impugnação, e também a presente manifestação.

VOTO

O presente lançamento de ofício, ora impugnado, traz a exigência tributária relativa utilização indevida de crédito fiscal do ICMS, tendo em vista o sujeito passivo ter lançado no Registro de Apuração do ICMS a título de crédito presumido nas transferências de Materiais de Consumo, consoante Art. 96, IV, e 624 do RICMS/BA, bem como pela utilização de crédito fiscal do ICMS, por estorno de débito, lançado no LRAICMS, referente a transferências interestaduais de bens de uso e consumo.

Cabe de modo vestibular, alinhar que os fatos relatados são pertinentes a uma única infração, pois se ajustam a créditos fiscais do ICMS utilizados indevidamente nas transferências de matérias de uso e consumo.

O impugnante exerceu plenamente o seu direito de defesa, trazendo aos autos os relatórios e documentos fiscais que entendeu necessários fazer prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito pleiteado pelo fisco estadual.

Assim, não havendo óbice à manifestação da defesa e, considerando que os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a se produzir, com fulcro no art. 147, inciso I, “a” (diligencia) e inciso II “a” e “b” do RPAF/99 (perícia), indefiro a solicitação de diligência e perícia.

Cabe observar, inclusive, que os quesitos alinhados pelo sujeito passivo quanto à perícia, são relativos a elementos probatórios que ele próprio possui, cabendo-lhe o ônus da prova, com destaque para o Art. 142 do RPAF/BA, quando dispõe que “*a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.*”

Verifico que o sujeito passivo, conforme relata os autuantes, realiza transferências interestaduais de material de uso e consumo, CFOP 6557, destacando o ICMS nas notas fiscais de transferências. Na escrita fiscal lança o valor do débito de ICMS relativo a essas notas fiscais e, em seguida, estorna tais valores no livro Registro de Apuração do ICMS, o que é feito em desacordo com o que preceitua o RICMS/BA, alínea “b”, Inciso I, e, Inciso III, ambos do § único, do Art. 624, como segue:

Art. 624.

Parágrafo único. Não se aplica a suspensão de que cuida este artigo quando os bens ou materiais forem remetidos em caráter definitivo, hipótese em que será observado o seguinte:

I - na saída do estabelecimento remetente:

(...)

b) tratando-se de bem de uso ou material de consumo (Conv. ICMS 19/91):

1 - será emitida Nota Fiscal, indicando como valor da operação o da última entrada do bem ou material, aplicando-se a alíquota interestadual;

2 - serão lançados os créditos fiscais originariamente cobrados, a qualquer título, sobre o respectivo bem ou material, pelo valor histórico, se ainda não utilizados;

II - (...)

III - para os efeitos da alínea “b” do inciso I, conforme o caso, será:

a) concedido crédito presumido, no valor correspondente à diferença apurada, se, do cotejo entre os débitos e os créditos, resultar saldo devedor;

b) exigido o estorno do crédito, no valor correspondente à diferença apurada, se, do cotejo entre os débitos e os créditos, resultar saldo credor.

Fica evidente que não há a previsão regulamentar para o estorno de débito realizado pelo sujeito passivo, bem como não há, pelo sujeito passivo, a demonstração de que as condições previstas no acima alinhado ato normativo, foram atendidas para que o mesmo efetuasse o cálculo e utilizasse o crédito presumido previsto, não efetuando, portanto, o que determina a legislação, conforme se verifica dos documentos anexados pelo autuante, Doc. 1, fls. 38 a 49, cuja relação analítica das notas fiscais que compõem tal demonstrativo consta no Doc. 02, fls. 51 a 96.

Ao analisar a alínea “b”, do Inciso III, do § único, do art. 624, o mesmo determina que na saída do estabelecimento remetente de bem de uso ou material de consumo serão lançados os créditos fiscais originariamente cobrados, a qualquer título, sobre o respectivo bem ou material, pelo valor histórico, se ainda não utilizados. Cabe razão ao autuante quando afirma que *só seria possível a verificação da utilização ou não do crédito de ICMS, bem como o seu valor se os créditos lançados na apuração do ICMS fossem relativos a notas fiscais de entradas e não como é feito pela autuada, que é em função das notas fiscais de saídas.*

Quanto ao crédito presumido determina o aludido dispositivo que pode ser utilizado, no valor correspondente à diferença apurada, se, do cotejo entre os débitos e os créditos, resultar saldo devedor, conforme dispõe a alínea “a”, do inciso III, do § único, do art. 624, só é possível se houver a identificação das notas fiscais de entradas respectivas.

Determina ainda o estorno do crédito, no valor correspondente à diferença apurada, se, do cotejo entre os débitos e os créditos, resultar saldo credor conforme dispõe a alínea “b”, do inciso III, do § único, do art. 624, cabendo mais uma vez razão ao autuante quando afirma que só é possível se houver, também, a identificação das notas fiscais de entradas respectivas.

O sujeito passivo, portanto, não identificou as notas fiscais de aquisição a que se refere o valor do estorno de débito e ao crédito presumido.

Não tenha duvida de que a falta da identificação, pelo sujeito passivo, das aludidas notas fiscais de aquisição, não permite pelo fisco a verificação na entrada do material se houve ou não crédito do ICMS, pois, conforme alinha o autuante, *há materiais que podem ser considerados como ativo imobilizado ou como material de uso ou consumo, a depender de sua destinação. Como exemplo, partes e peças adquiridas para compor um equipamento novo e essas mesmas peças adquiridas para substituir outras desgastadas. A primeira gera o direito ao crédito por se classificar como Ativo Imobilizado, a segunda, peça de reposição, que é uma despesa, não gera direito ao crédito. Somente através da verificação da nota fiscal de aquisição e o seu registro é que a fiscalização pode distinguir um caso do outro.*

Quanto ao entendimento do sujeito passivo de que o próprio Superior Tribunal de Justiça sumulou entendimento segundo o qual, Súmula 166, “Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadorias de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”, ocorre que o art. 12, I da Lei Complementar 87/96, e o art. 4º, I da Lei 7014/96, asseguram a ocorrência do fato gerador nas saídas de mercadorias de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular, conforme o art. 2º, I do Regulamento ICMS, aprovado pelo Decreto 6.284/97 *in verbis*:

“Art.2º Nas operações internas, interestaduais e de importação, considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS no momento:

I – da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, inclusive em caso de transferência, assim entendida a remessa de mercadoria de um estabelecimento para outro do mesmo titular;”

Os dispositivos alinhados no presente voto refletem, tanto em relação ao autorizado ao determinado, concernente ao aproveitamento dos créditos ou utilização dos créditos presumidos, os acordos interestaduais firmados pelo Estado da Bahia (Convênio 19/91) cabendo observar que, conforme ficou demonstrado, o sujeito passivo não trouxe aos autos os elementos que demonstrem ter atendido aos aludidos dispositivos.

É importante destacar, ainda, que as decisões judiciais colacionadas pelo contribuinte na peça de defesa, não podem servir de amparo para alterar o entendimento aqui externado no presente voto, visto que as mesmas não vinculam o Estado da Bahia. Somente através de decisão judicial, no caso concreto em que o autuado seja parte, ou através de ação de efeitos “*erga omnes*”, a exemplo da ADIN, estará a Bahia obrigada a adotar posição distinta da externada no presente voto, assim como não cabe competência a esse Contencioso Administrativo para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167, I do RPAF/BA.

Assim, diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 269139000312-6**, lavrado contra **PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRÁS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o

pagamento do imposto no valor de **R\$3.069.060,69**, acrescido da multa 60% prevista no artigo 42, inciso VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de fevereiro de 2013.

JOSE CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR