

PROCESSO - A. I. Nº 269139.0001/14-0
RECORRENTE - PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRÁS (RPBA EST. UNIF.)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0172-05/15
ORIGEM - SAT/COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET 15/12/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.JF Nº 0385-12/15

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ESTORNO DE DÉBITO EFETUADO IRREGULARMENTE. Débito fiscal só poderá ser estornado ou anulado quando não se referir a valor constante em documento fiscal, conforme dispõe o art. 212, do RICMS/97. Por sua vez, o § 4º, do art. 212, do RICMS/97, dispõe que o débito fiscal lançado a mais ou indevidamente, quando não for admissível o estorno ou anulação, poderá ser objeto de pedido de restituição de indébito, na forma prevista no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (art. 73, da Lei nº 7.629/99). Infração parcialmente subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto em face da Decisão primária que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração, reduzindo o montante originalmente exigido de R\$48.086,46 para R\$9.505,81, acrescido das cominações legais.

O Auto lavrado em 15/10/2014 e notificado o Contribuinte em 16/10/2014, decorre da única infração que acusa o Sujeito Passivo de haver efetuado estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto. Lançado o valor de R\$48.086,46, com enquadramento nos arts. 112 e 113, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, mais multa de 60% na forma do art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

Da análise dos elementos trazidos aos autos, a 5ª JJF, decidiu, por unanimidade e com base no voto do Relator de primeiro grau, abaixo transcrito, que é Procedente em Parte o Auto de Infração, nos seguintes termos:

VOTO

Preliminarmente, verifico presentes, no Processo Administrativo Fiscal em tela, os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos fiscais reclamados, consoante os levantamentos copiados em CD e documentos acostados aos autos, estando o lançamento de ofício de acordo com o estabelecido nos termos dos artigos 39, RPAF BA (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal) e 142 do CTN (Código Tributário Nacional).

Quanto ao pedido de conversão do julgamento em diligência, com fundamento no art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, entendo desnecessária por considerar suficientes os elementos contidos nos autos, para formação de minha convicção e dos julgadores na análise da lide, além do mais os argumentos do defendente não me apresentam convincente, para justificar de que a matéria em exame seja complexa e enseje a elaboração de prova pericial técnica no sentido desconstituir a suposta utilização indevida do estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação do imposto, que é o objeto da autuação.

Trata-se de lançamento fiscal de crédito tributário para exigir o ICMS, no montante de R\$48.086,46, relativo a irregularidades de estorno de débito do imposto em desacordo com a legislação, tendo o autuado impugnado todos os itens da infração, exceto o débito com data de ocorrência 30/11/2011, no valor histórico de R\$1.764,28. Em consequência, a análise da lide se restringirá às ocorrências 31/01/2011 (R\$3.278,02), 31/03/2011 (R\$60,95), 31/05/2011 (R\$39.933,96) e 31/12/2011 (R\$3.049,25).

Sobre a ocorrência de 31/01/2011 no valor histórico de R\$3.278,02, descreve o defendente que se refere à NF-e 6696-5, relativo à remessa para conserto com destaque indevido de ICMS, no valor de R\$ 1.189,25, em que, na

forma do artigo 627, inciso I do Decreto 6.284/97, se trata de uma operação com suspensão da incidência do ICMS. As demais notas fiscais, que compõem o valor da ocorrência de 31/01/2011, referem-se à remessa de materiais de reciclagem e sucata para a empresa Coral Cooperativa de Catadores e Recicladores, com destaque indevido de ICMS, no valor total de R\$ 2.088,77, dado os termos do artigo 343, inciso XXX e art. 509 do Decreto 6.284/97, onde dispõem que o lançamento de ICMS para essas operações serem diferidos.

Em relação a ocorrência de 31/03/2011 no valor histórico de R\$60,95, diz tratar-se de operação de saída de material para descarte (sucata) com destaque de forma indevida de ICMS, por quanto ser diferido seu lançamento na forma do artigo 343, inciso XXX do Decreto 6.284/97.

Quanto à ocorrência de 31/12/2011 no valor histórico de R\$3.049,25, diz, também, tratar-se de estorno indevido de débito de ICMS efetuado através das NF-e 40210 e 40211. Em setembro/2011 foram emitidas a NF-e 35843, devolvendo materiais da NF-e 1746; e a NF-e 35845, devolvendo materiais da NF-e 2081. Para regularizar, o sujeito passivo, emitiu as NF-e 36271 e 36277, referentes à NF-e 35843; e as NF-e 36281 e 36282, referentes à NF-e 35845, todas as duas notas em 13/09/2011. Entretanto, em 28/09/2011, foram emitidas as NF-e 40210 e 40211 com o mesmo propósito, gerando duplicidade, sendo o débito estornado na apuração do ICMS do mês de dezembro de 2011.

Como bem destacam os autuantes, o débito fiscal só poderá ser estornado ou anulado diretamente na escrita fiscal, quando não se referir a valor constante em documento fiscal, conforme dispõe o art. 112 do RICMS/BA, aprovado Decreto nº 6.284/97, que não são os casos objetos em análise. Por sua vez, o § 4º, do art. 112, do mesmo diploma legal, dispõe que o débito fiscal lançado a mais ou indevidamente, quando não for admissível o estorno ou anulação, poderá ser objeto de pedido de restituição, na forma prevista no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, conforme a seguir destacado:

Art. 112. O débito fiscal só **poderá ser estornado ou anulado** quando não se referir a valor constante em documento fiscal. (Grifo acrescido)

§ 4º O débito fiscal lançado a mais ou indevidamente, **quando não for admissível o estorno ou anulação** nos termos deste artigo, **poderá ser objeto de pedido de restituição**, na forma prevista no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal. (Grifos acrescidos)

Portanto, de fato, não há previsão legal para o contribuinte estornar o ICMS destacado indevidamente em documento fiscal diretamente na apuração do imposto. Tais destaques de ICMS, provados serem indevidos, podem ser objeto de pedido de restituição na forma do art. 73, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, conforme a seguir destacado:

Art. 73. **Serão restituídas**, no todo ou em parte, **a quem provar haver assumido** o encargo financeiro do tributo ou estiver expressamente autorizado por quem tiver suportado o ônus financeiro correspondente, **as quantias pagas indevidamente relativas a tributo ou penalidade**, observados os prazos de prescrição e decadência.(Grifos acrescidos)

Quanto à ocorrência de 31/05/2011, relativa ao valor de R\$38.580,65, refere-se a notas fiscais de transporte de gás natural, cujo ICMS devido, à luz dos termos da defesa, já teriam sido recolhidos antecipadamente em abril/2011, o que de fato foi constatado pelos Fiscais Autuantes. Sendo assim, para evitar dupla tributação sobre um mesmo fato, diz ter efetuado o estorno do débito, através do registro no livro fiscal de apuração (fl. 20), com o atesto dos autuantes na informação fiscal à fl. 117. Observando nada que desabone o estorno do débito, mantendo o posicionamento dos autuantes, voto pela insubsistência desse valor, que compõe este item da infração.

Entretanto, em relação ao valor remanescente de R\$1.353,31, relativo à citada ocorrência de 31/05/2011, destaca os Fiscais Autuantes tratar-se de lançamento de estorno de débito efetuado no livro Registro de Apuração da competência 05/2011, referente ao ICMS destacado, alegado pelo defendente como indevido, relativo às notas fiscais nºs 7339-5 e 7340-5, de transferência de bem de ativo imobilizado na forma do Convênio 70/90 e na Súmula 166 do STJ.

Logo, sem entrar no mérito do ICMS ter sido destacado indevidamente ou não, o débito fiscal só poderá ser estornado ou anulado quando não se referir a valor constante em documento fiscal, conforme dispõe o art. 212, do RICMS/97. Como já explicitado anteriormente para as ocorrências de 31/01/2011, 31/03/2011 e 31/12/2011, débito fiscal lançado a mais ou indevidamente, quando não for admissível o estorno ou anulação, poderá ser objeto de pedido de restituição na forma do art. 73 do RPAF/BA (§ 4º, do art. 212, do RICMS/97). Subsistente, portanto, o valor de R\$1.535,31 para a data de ocorrência de 31/05/2011.

Do exposto, subsiste o Auto de Infração, exceto com relação ao valor de R\$ 38.580,65 relativo a data de ocorrência de 31/05/2011, restando o valor de R\$ 9.505,81, conforme demonstrativo de débito a seguir destacado:

Data Ocorr	Data Vencido	Valor Histórico
31/01/2011	09/02/2011	3.278,02
31/03/2011	09/04/2011	60,95
31/05/2011	09/06/2011	1.353,31

30/11/2011	09/12/2011	1.764,28
31/12/2011	09/01/2012	3.049,25
Total da Infração 01		9.505,81

Assim, voto pela *PROCEDÊNCIA PARCIAL* do Auto de Infração no valor de R\$9.505,81.

Protocolizado Recurso Voluntário tempestivo, fls. 142/158, o contribuinte retorna aos autos para insurgir-se contra a Decisão emanada da 5ª Junta de Julgamento Fiscal e aduzir que os julgadores de piso deixaram de considerar a aplicação da legislação pertinente ao caso, o que impõe a reforma da Decisão vergastada para que seja declarado insubsistente o lançamento.

Relativamente à ocorrência de maio de 2011, de valor histórico no montante de R\$1.353,31, diz que trata-se de lançamento de estorno de débito efetuado no LRAICMS (competência 05/2011), referente a ICMS destacado indevidamente nas Notas Fiscais nºs 7339-5 e 7340-5 de transferência de bem de ativo imobilizado, entre estabelecimentos da próprio recorrente, com base no Convênio ICMS 70/90 e na Súmula 166 do STJ.

Citando e transcrevendo o art. 155, § 2º, II, “a” e “f”, da CF/88, o art. 144, do CTN, a doutrina, e a jurisprudência, faz digressões sobre o tema, destacando as definições de operação, circulação e mercadoria, concluindo que a simples saída de mercadoria do estabelecimento do contribuinte não caracteriza hipótese de incidência do ICMS, entendido que o art. 12, I, da LC 87/96 deve ter interpretação também amparada no art. 2º da mesma Lei Complementar, que contempla a circulação, ou seja, a passagem de mercadoria de uma para outra pessoa, mediante transferência de titularidade, tudo a determinar que a transferência de produtos entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica não constitui a hipótese de incidência do ICMS conforme previsão contida na CF/88.

Mencionando e transcrevendo a ementa do PAF nº 269139.0003/10-0, diz que esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal reduziu a penalidade sob o argumento de que se tratava de operações de circulação de mercadoria apenas para armazém geral pertencente à próprio autuado. Nesta mesma linha, pugna pelo reconhecimento do equívoco perpetrado nos presentes autos e, alternativamente, pugna pela redução da multa nos termos do acórdão no PAF acima referido.

Para a ocorrência de dezembro de 2011, com valor histórico de R\$ 3.049,25, afirma que trata-se de entrada de bens no estabelecimento por meio das NF-e 1746-1 e 2081-1, sem direito a crédito de ICMS porque as mercadorias foram devolvidas com destaque indevido através de documentos complementares (NF-e 40210-2 e 40211-2), ou seja, teria sido feito lançamento a crédito referente ao imposto não apropriado na entrada, o que justificaria o estorno de débito no Livro Registro de Apuração.

Relativamente à ocorrência de janeiro de 2011, com valor histórico de R\$ 3.278,02, diz que a NF-e 6696-5 refere-se a remessa para conserto com destaque indevido de ICMS, no valor de R\$1.189,25, tendo sido feito o lançamento a crédito (estorno de débito no livro Registro de Apuração) para regularização. Tudo com base no art. 627, I, do Decreto nº 6.284/97, transcrito.

Quanto às demais notas fiscais incluídas na mesma ocorrência, afirma que tratam-se de remessa de materiais de reciclagem e sucata para a *Coral Cooperativa de Catadores e Recicladores*, com destaque indevido de ICMS, no valor total de R\$ 2.088,77, nos termos do art. 343, XXX e art. 509, do Decreto nº 6.284/97, lembrando que o ICMS para tais operações é diferido.

Relativamente à ocorrência de Março de 2011, no valor histórico de R\$ 60,95, assevera tratar-se de operação de saída de material para descarte (sucata) com destaque indevido de ICMS, também com fundamento no 343, XXX e art. 509, do Decreto nº 6.284/97, lembrando que o ICMS para tais operações é diferido.

Avançando, dizendo da multa por descumprimento de obrigação acessória e mencionando o art. 42, XV, “d” da Lei nº 7.014/96, para a hipótese de manutenção da Decisão recorrida, entende que deve ser apenado pela “*não escrituração no livro de Registro de Entrada*” e não pelo que prescreve o art. 42, IX, da referida Lei, frisando que **inexistiu** prejuízo econômico/financeiro para o Estado da Bahia.

Repisa a tese da nulidade do Auto de Infração, ao tempo que pugna pela oportunidade de se manifestar sobre as Informações Fiscais porventura apresentadas, nos termos do art. 127, §7º do RPAF.

Transcrevendo o art. 127, § 7º do RPAF e citando trecho do voto da Decisão combatida que diz que “(...) o débito fiscal lançado a mais ou indevidamente, quando não for admissível o estorno ou anulação, poderá ser objeto de pedido de restituição (...)”, aduz o recorrente que na informação fiscal, os autuantes acrescentaram um fato novo. Nessa esteira, diz que não sendo cientificado do conteúdo da informação fiscal trazida ao bojo do PAF, aplicar-se-ia a regra do art. 18, §1º, do RPAF.

Registra que a não observância de notificação ao contribuinte sobre o conteúdo de uma Informação Fiscal é um vício que não enseja nulidade, contudo, aduz que tal falta deve ser corrigida pelo comunicado ao sujeito dos novos elementos, franqueando-lhe prazo de 1º dia para manifestação. Pede que sejam aos autos devolvidos à primeira instância administrativa, a fim de que seja aberto prazo para o Sujeito Passivo, querendo, possa manifestar-se sobre as informações fiscais.

No mérito, pugna pelo integral Provimento do seu Recurso Voluntário, para que seja declarada a total improcedência do Auto de Infração, com a consequente desconstituição do lançamento fiscal ali consubstanciado.

Por razões de ordem regimental e regulamentar, não há manifestação da PGE/PROFIS.

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 5ª JFJ deste CONSEF, Acórdão JFJ 0172-05/15, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do quanto lhe é exigido.

O Recurso que ora se discute tem assento na imputação expressa na infração 1, cuja acusação é de haver o Sujeito Passivo efetuado estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto.

Diz o recorrente que é nulo o Auto de Infração considerando que foi desconsiderada a aplicação da legislação pertinente ao caso, aí entendido que houve operações de meras transferências de bens do seu ativo imobilizado, acobertadas pelo Convênio ICMS 70/90 e na Súmula nº 166 do STJ; operações de entradas sem direito a crédito de ICMS porque as mercadorias foram devolvidas com destaque indevido através de documentos complementares; operações de remessa para conserto com destaque indevido de ICMS; operações de remessa de materiais de reciclagem e sucata; e operação de saída de material para descarte, tudo com destaque indevido de ICMS.

Também é razão recursal a nulidade de todos os atos posteriores à Informação Fiscal do autuante, entendido pelo recorrente que a dita Informação Fiscal teria trazido fato novo aos autos, conforme trecho do voto da Decisão recorrida.

Quanto aos pontos suscitados em sede de preliminar e que visam sustentar a tese de nulidade do lançamento, em que pese o esforço empreendido pela ora recorrente, em verdade não merecem sufrágio, pois, não logram demonstrar que houve falhas que teriam o condão de tornar nulo o lançamento.

Tratando das nulidades suscitadas pelo recorrente, por primeiro analiso o lançamento. Quanto a este, com fundamento no Regulamento de Processo Administrativo Fiscal da Bahia – Decreto nº 7.629/99, sobretudo o art. 39, vejo que não há qualquer vício que imponha mácula ao lançamento, pois estão presentes todos os requisitos necessários à lavratura do presente Auto de Infração. Observo também que não há nos autos quaisquer elementos que indiquem a existência de erro quanto à determinação do infrator e quanto à capitulação da infração, restando suficientes os elementos presentes aos autos para se determinar, com segurança, a infração e o infrator. Devo

registrar, por oportuno, que não se vislumbra qualquer dúvida quanto ao enquadramento da conduta do sujeito passivo ao fato típico especificado na legislação.

Quanto à eventual falta de observação da legislação pertinente ao caso, não há elementos para que se chegue a tal conclusão, sendo certo que o lançamento encontra respaldo jurídico na legislação do Estado da Bahia que por sua vez, segue os ditames da CF/88 e da LC 87/96.

Quanto à nulidade dos atos posteriores à Informação Fiscal, sob o argumento de que o autuante teria introduzido fato novo, vejo que não merece sufrágio a tese recursal, haja vista que o trecho do relatório que menciona a Informação Fiscal apenas diz que diante da situação em que o estorno ou anulação de crédito fiscal não seja admitida, sendo direito do Contribuinte, pode ser feito pedido de restituição.

Nessa linha, não há motivos para acolhimento das teses de nulidade do Auto de Infração, bem como de atos processuais, pois, nada aponta no sentido da existência de vício de qualquer natureza. Isto posto, nego acolhimento às razões preliminares de nulidade.

No mérito, alinhado ao *decisum* de piso, entendo que a tese recursal de improcedência do lançamento esbarra na legislação específica que trata de estorno e anulação de débitos fiscais.

Consoante exposto pelo julgador de piso, que diga-se, reduziu substancialmente a exigência originária, a norma expressa no art. 112, do RICMS/Ba, estabelece regramento para que o contribuinte possa estornar ou anular débito fiscal de ICMS, assim expresso:

Art. 112. O débito fiscal só poderá ser estornado ou anulado quando não se referir a valor constante em documento fiscal. (Grifo não original)

§ 4º O débito fiscal lançado a mais ou indevidamente, quando não for admissível o estorno ou anulação nos termos deste artigo, poderá ser objeto de pedido de restituição, na forma prevista no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal. (Grifos não original)

A leitura do texto da norma é de clareza solar. Resta óbvio que os estornos levados a efeito pelo recorrente sem a necessária observação da legislação implica na falta apontada pelo autuante na peça de acusação, merecendo registro que mesmo provado que o recorrente faz *jus* ao estorno pretendido para fins de apuração do imposto efetivamente devido, a via correta, na hipótese de inadmissibilidade de anulação ou estorno, é o pedido de restituição consubstanciado no art. 73, do RPAF/BA, cujo texto foi reproduzido no voto da Decisão *a quo*.

Isto posto, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, mantendo a Decisão recorrida tal como prolatada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269139.0001/14-0, lavrado contra **PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRÁS (RPBA EST. UNIF.)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.505,81**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de dezembro de 2015.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS