

A. I. Nº - 269139.0001/14-0
AUTUADO - PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRÁS
AUTUANTES - JOSÉ ELMANO TAVARES LINS e JOSÉ ANTÔNIO SOARES SEIXAS
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 07.10.2015

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0172-05/15

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 indébitos, na forma prevista no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (art. 73, da Lei nº 7.629/99). Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 15/10/2014, exige o débito no valor de R\$48.086,46, conforme documentos às fls. 01 a 66 dos autos, inerente à seguinte irregularidade:

INFRAÇÃO 1- 01.06.01: Efetuou 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 7.014/96.

O sujeito passivo, às fls. 68-79 dos autos, apresenta defesa administrativa, na qual, após análise criteriosa e avaliação da infração, reconhece a procedência parcial do auto de infração na seguinte forma:

Reconhece integralmente o item 4 da infração no valor de R\$1.764,28, referente a data de ocorrência 30/11/2011. Destaca que a NF-e 8172-5 foi emitida para acobertar operação de saída de material para troca em garantia com destaque de ICMS, porém não ocorreu a circulação da mercadoria. Como não foi realizado o cancelamento da NF-e dentro do prazo legal, decidiu-se por emitir a NF-e de entrada, nº 8301, também com destaque de ICMS, para anular a nota de saída (8172-5). Sendo assim, o estorno do débito realizado associado a NF-e 8172-5, com ICMS destacado de R\$1.759,11, foi indevido. Diz, também, que a NF-e 2911-6 foi cancelada e, posteriormente, o valor de R\$5,17 relativo ao débito do ICMS foi estornado no Livro de Apuração, equivocadamente.

Em relação à impugnação dos demais itens da infração diz que:

- 5.1 - Ocorrência de 31/05/2011 – Valor histórico: R\$1.353,31

Trata-se de lançamento de estorno de débito efetuado no Livro Registro de Apuração da competência 05/2011, referente ICMS destacado indevidamente em notas fiscais (7339-5 e 7340-5) de transferência de bem de ativo imobilizado, com base no Convênio 70/90 e na Súmula 166 do STJ, que destaca.

Observa que se trata de notas fiscais de transferências de produtos entre estabelecimentos do próprio contribuinte. Nesse aspecto, diz que a transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte não deve ser levada em consideração, como se fosse

uma etapa autônoma da cadeia produtiva. Ela pouco importa para a cadeia produtiva, pelo que inclusive a não-incidência do ICMS não possui relevância jurídica para levar ao estorno dos créditos da etapa anterior segundo os termos determinados pela CF, art. 155, §2º, II, alínea “a” e “b”.

Após traçar várias outras considerações, pede que seja reconhecido o equívoco do auto de infração n.º 269139.0001/14-0, lavrado completamente ao arrepio dos fundamentos constitucionais em relação ao direito tributário, mormente quanto à previsão do ICMS, ofendendo, outrossim, o próprio ordenamento jurídico.

Porém, caso não seja acolhido, pede alternativamente a redução da multa nos termos do acórdão que transcreveu.

- 5.2 - Ocorrência de maio/2011 - Valor histórico: R\$38.580,65:

Diz que se trata de lançamentos de estorno de débito, referentes às notas fiscais de Gás Natural, efetuados no Livro Registro de Apuração da competência de 05/2011, referente a ICMS recolhido antecipadamente em Abril de 2011, conforme arquivos que diz anexar. Sendo assim, para evitar dupla tributação sobre um mesmo fato, promoveu-se o estorno do débito, visto que o tributo já havia sido pago.

- 5.3 - Ocorrência dezembro/2011 - Valor histórico: R\$3.049,25:

Aduz que se refere a entrada de bens no estabelecimento por meio das NF-e 1746-1 e 2081-1 sem direito a crédito de ICMS, que foram devolvidos com destaque indevido através de documentos complementares (NF-e 40210-2 e 40211-2). Portanto, diz que foi efetuado o lançamento a crédito (estorno de débito no Livro Registro de Apuração) referente ao imposto não apropriado na entrada.

- 5.4 – Ocorrência janeiro/2011 - Valor histórico: Valor 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. Portanto, destaca que foi efetuado o lançamento a crédito (estorno de débito no Livro Registro de Apuração) para regularização. Com base no artigo 627, inciso I do Decreto 6.284/97, que o cita.

As demais notas fiscais em questão referem-se à 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. Aduz que, conforme o artigo 343, inciso XXX e 509 do Decreto 6.284/97, o lançamento de ICMS para essas operações é diferido.

- 5.5 – Ocorrência Março/2011- Valor histórico: Valor de R\$60,95.

Observa que se trata de operação de saída de material para descarte (sucata) com destaque indevido de ICMS, tendo em vista que artigo 343, inciso XXX do Decreto 6.284/97, estabelece que o lançamento do ICMS é diferido.

De outra parte, pede diligência fiscal. Destaca que segundo o art. 150/II do RPAF, a perícia fiscal, ora requerida, se constitui na realização de vistoria ou exame de caráter técnico e especializado, determinada pela autoridade competente a fim de se esclarecerem ou se evidenciarem certos fatos, a ser efetuada por pessoa que tenha reconhecida habilidade ou experiência técnica na matéria questionada, que oferecerá afinal sua opinião, em face dos quesitos formulados.

Diz que, de acordo com o art. 145 do RPAF, o interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade, formular os quesitos a serem respondidos, sob pena de indeferimento de plano, podendo indicar, se preferir, seu assistente técnico, indicando sua qualificação e endereço.

Assim, diante da complexidade da matéria e da situação fática apresentada na suposta infração registrada no Auto de Infração ora impugnado, faz-se necessária a elaboração de prova pericial

técnica, cujo requerimento visa desconstituir a suposta indevida utilização de crédito fiscal e fazer a prova de que os produtos elencados no demonstrativo de débito anexo do Auto de Infração são indispensáveis ao processo produtivo do estabelecimento autuado.

Aduz que, caso não seja deferida a perícia fiscal, diante da previsão legal, requer a realização da diligência na forma prevista do art. 148/II – por auditor estranho ao feito, para, com a devida isenção, apreciar os fatos e documentos produzidos nesta impugnação, que visam desconstituir a suposta infração e respectiva multa, objeto do presente Auto de Infração.

Traz aos autos os seguintes quesitos para perícia:

- *Quanto à infração 01. Queira o perito informar se as notas fiscais (7339-5 e 7340-5) tratam de notas fiscais de transferência de produto entre estabelecimentos do próprio contribuinte?*
- *Quanto à infração 01. Queira o perito informar se as notas referentes às notas fiscais de Gás Natural, efetuados no Livro Registro de Apuração da competência de 05/2011, trata-se de ICMS recolhido antecipadamente em Abril de 2011, conforme arquivo anexo?*
- *Quanto à infração 01. Queira o perito informar se as NF-e 1746-1 e 2081-1 sem direito a crédito de ICMS, foram devolvidos com destaque indevido através de documentos complementares (NF-e 40210-2 e 40211-2)?*
- *Quanto à infração 01. Queira o perito informar se a NF-e 6696-5 refere-se a remessa para conserto com destaque indevido de ICMS, no valor de R\$ 1.189,25? E se as demais notas fiscais em questão referem-se à 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?*
- *Quanto à infração 01. Queira o perito informar se a operação de saída de material para descarte (sucata) com destaque indevido de ICMS, atrai a aplicação do artigo 343, inciso XXX do Decreto 6.284/97, que estabelece o lançamento do ICMS é diferido?*

Concluindo, diz que, por tudo o quanto exposto, na parte não reconhecida, requer seja julgado totalmente improcedente o auto de infração n.º 269139.0001/14-0, anulando-se a infração apontada e homologando o pagamento (com a consequente extinção do crédito tributário constituído) referente à parte reconhecida da autuação.

Os autuantes, em sua informação fiscal, às fls. 114-118, salientam que o contribuinte reconhece integralmente o débito com data de ocorrência 30/11/2011, no valor histórico de R\$1.764,28 e contesta os demais débitos, os quais serão a seguir comentados:

- Ocorrência janeiro/2011 - Valor histórico: Valor de R\$3.278,02.

Sobre este item, descrevem que a NF-e 6696-5 refere-se a remessa para conserto com destaque indevido de ICMS, no valor de R\$ 1.189,25. Portanto, foi efetuado o lançamento a crédito (estorno de débito no Livro Registro de Apuração) para regularização. Com base no artigo 627, inciso I do Decreto 6.284/97.

Prosseguem, informando que as demais notas fiscais em questão referem-se à 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. Conforme o artigo 343, inciso XXX e 509 do Decreto 6.284/97, o lançamento de ICMS para essas operações é diferido.

Aduzem que 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. 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, na forma prevista no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal.

Portanto, dizem que não há previsão legal para o contribuinte estornar o ICMS destacado indevidamente em documento fiscal diretamente na apuração do imposto.

Observam que, o ICMS destacado indevidamente na nota fiscal 6696-5, no valor de R\$ 1.189,25 e demais notas fiscais relativas à 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, deveria ser objeto de um pedido de restituição de indébito.

- Ocorrência Março/2011 - Valor histórico: Valor de R\$ 60,95.

Argumenta tratar-se de operação de saída de material para descarte (sucata) com destaque indevido de ICMS, tendo em vista que artigo 343, inciso XXX do Decreto 6.284/97, estabelece que o lançamento do ICMS é diferido.

Aduzem que 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. 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, na forma prevista no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal.

Portanto, dizem que não há previsão legal para o contribuinte estornar o ICMS destacado indevidamente em documento fiscal diretamente na apuração do imposto.

Observam que o ICMS destacado indevidamente na nota fiscal 29478, no valor de R\$ 60,95, deveria ser objeto de um pedido de restituição de indébito.

- Ocorrência de maio/2011 - Valor histórico: R\$ 1.353,31:

Informa tratar-se de lançamento de estorno de débito efetuado no Livro Registro de Apuração da competência 05/2011, referente ICMS destacado indevidamente em notas fiscais (7339-5 e 7340-5) de transferência de bem de ativo imobilizado, com base no Convênio 70/90 e na Súmula 166 do STJ.

Aduzem que 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. 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, na forma prevista no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal.

Portanto, não há previsão legal para o contribuinte estornar o ICMS destacado indevidamente em documento fiscal diretamente na apuração do imposto.

Observam que o ICMS destacado indevidamente nas notas fiscais 7339-5, no valor de R\$ 812,03 e 7340-5, no valor de R\$ 541,28, totalizando R\$ 1.353,31, deveria ser objeto de um pedido de restituição de indébito.

- Ocorrência de maio/2011 - Valor histórico: R\$ 38.580,65:

Menciona tratar-se de lançamentos de estorno de débito, referentes às notas fiscais de Gás Natural, efetuados no Livro Registro de Apuração da competência de 05/2011, referente a ICMS recolhido antecipadamente em Abril de 2011, conforme arquivos anexos.

Sendo assim, para evitar dupla tributação sobre um mesmo fato, promoveu-se o estorno do débito, visto que o tributo já havia sido pago.

Aduzem que o contribuinte utiliza a praxe de lançar esse tipo de débito, como outros débitos, na apuração do imposto. Nesse caso o valor não foi lançado como outros débitos, como costumeiramente faz, mas o valor foi recolhido através de DAE. Procedem os argumentos do contribuinte.

- Ocorrência dezembro/2011 - Valor histórico: R\$ 3.049,25:

Argúi tratar-se de entrada de bens no estabelecimento por meio das NF-e 1746-1 e 2081-1 sem direito a crédito de ICMS, que foram devolvidos com destaque indevido através de documentos complementares (NF-e 40210-2 e 40211-2). Portanto, foi efetuado o lançamento a crédito (estorno de débito no Livro Registro de Apuração) referente ao imposto não apropriado na entrada.

Aduzem que 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. 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, na forma prevista no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal.

Portanto, não há previsão legal para o contribuinte estornar o ICMS destacado indevidamente em documento fiscal diretamente na apuração do imposto.

Observam que o ICMS destacado indevidamente nas notas fiscais 40210-2, no valor de R\$2.032,88 e 40211-2, no valor de R\$1.016,37, totalizando R\$3.049,25 deveria ser objeto de um pedido de restituição de indébito.

Diante do exposto mantêm a ação fiscal, exceto com relação ao valor de R\$38.580,65 relativo a maio de 2011, restando o valor de R\$9.505,81.

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 Vencto | 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269139.0001/14-0**, lavrado contra **PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRÁS**, devendo ser intimado o autuado 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.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de setembro de 2015.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO – JULGADOR