

PROCESSO - A. I. Nº 269139.0003/13-4
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e PETRÓLEO BRASILEIRO S/A. - PETROBRÁS
RECORRIDOS - PETRÓLEO BRASILEIRO S/A. - PETROBRÁS e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0016-03/15
ORIGEM - SAT/COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET 10/06/2016

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0087-11/16

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. ENTRADAS DE MERCADORIAS CUJAS SAÍDAS SUBSEQUENTES OCORRERAM COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. Revisão procedida através de diligência solicitada aos autuantes, resultou em ajuste no índice de aproveitamento de créditos fiscais pelas entradas de Ativo Fixo, que reduziu a exigência fiscal. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Não acolhido pedido de diligência e perícia. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida, através do Acórdão nº 0016-03/15, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito a ele imputado, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte, com base no art. 169, I, “b”, do mesmo regulamento.

O Auto de Infração, lavrado em 18/12/2013, imputa ao Sujeito Passivo o cometimento de duas infrações, sendo objeto de Recurso de Ofício e Voluntário, apenas a infração 1:

INFRAÇÃO 1 – Falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução, nos meses de fevereiro, abril, julho e novembro de 2010. Exigido o valor de R\$471.019,68, acrescido de multa de 60%.

Consta que: “*Relativo aos créditos de ativo imobilizado: 1/48, apropriados a maior em decorrência do índice de aproveitamento dos créditos estar a maior, conforme demonstrativos anexos.*”

Após análise dos argumentos delineados pelo Autuado e pelo fiscal Autuante, a 3ª JJF proferiu a Decisão unânime, transcrita abaixo (fls. 240/252):

Inicialmente constato que o autuado informou nas razões de defesa que reconhece a procedência da exigência fiscal consubstanciada nos item 02, e parte da infração 01. Assim, considero procedentes os itens não contestados, haja vista a inexistência de controvérsia.

A infração 01 cuida da falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução, nos meses de fevereiro, abril, julho e novembro, totalizando a exigência de R\$471.019,68.

Os valores da exigência fiscal atinente ao item 01 da autuação afiguram-se explicitados nas planilhas “Demonstrativo dos Créditos de Ativo Imobilizado x Índice de Aproveitamento”, fls. 08 a 15 e “Estorno de Créditos de Ativo”, fls. 16 a 23.

Quanto ao pedido de perícia contábil e técnica, requerido pelo defendente, depois de examinar as peças que suscitaram a controvérsia verifico que não há razões para perícia, pois a análise dos elementos envolvidos independe de conhecimentos técnicos específicos e são suficientes para a formação da convicção dos julgadores e já estão presentes nos autos, o que afirmo com fundamento no art. 147, inciso II, alíneas “a” e “b” do RPAF-BA/99.

Em sede de defesa, o autuado demonstra que compreendeu as planilhas elaboradas pelo autuantes e contestou parcialmente o cometimento deste item da autuação explicitando item a item os pontos de sua discordância e reconhecendo o valor de R\$235.395,67, conforme demonstrativos que elaborou e anexou às fls. 82 a 120, sendo R\$90.656,13 em fevereiro, R\$81.974,00 em abril e R\$62.765,54 em julho.

Fundamentou suas razões de defesa ao refutar parcialmente o lançamento em falhas detectadas no cálculo do coeficiente de creditamento de ativo adotado no levantamento fiscal em decorrência dos seguintes equívocos: 1) foi considerado indevidamente pelo fisco o valor do ICMS-ST no total das saídas do CFOP 6652 para o período de nov/2010; 2) foi considerado, indevidamente, as notas fiscais de transferências internas de gás natural entre seus estabelecimentos, emitidas em mês posterior ao da competência, tanto no total das saídas tributadas como no total geral das saídas (CFOPs 5658 e 5659), por não representarem efetiva saída, não caracterizando transferência de titularidade; 3) não foram consideradas as notas fiscais de saída (venda) de gás natural registradas nos CFOPs 5653 e 5656, emitidas em mês posterior ao da competência (03/2010), sustentou que mesmo emitidas no mês subsequente na competência devem ser consideradas no cálculo do estorno de crédito do mês de emissão para garantir ao contribuinte, mesmo que extemporânea, o exercício de direito para fins de apuração do percentual de estorno de crédito, sem qualquer prejuízo para o erário estadual); e 4) foram consideradas notas fiscais de saída de gás natural emitidas em mês posterior ao da competência que não foram consideradas no cálculo do coeficiente de creditamento, por terem sido emitidas após o período de apuração do imposto (nota fiscal extemporânea, cujo imposto foi recolhido com os acréscimos legais), sustentando que as considerou no cálculo do estorno no mês de sua emissão, em razão da impossibilidade de considerá-las no período de competência já encerrado, exercendo o seu direito, sem qualquer prejuízo para o erário. Em suma, esses foram os argumentos aduzidos pelo defendente.

Os autuantes ao procederem à informação fiscal refizeram o levantamento fiscal incluindo o valor do ICMS-ST considerando as operações com CFOP 6652 que compõem o denominador da fórmula utilizada no cálculo do índice de aproveitamento de crédito - IAC. Esclareceram que o valor que compõem o numerador já constava os CFOP 6652. O IAC foi alterado para 76,9311% e o débito ficou reduzido do mês de novembro ficou reduzido para R\$73.875,53., fls. 146 e 168.

Com referência a inclusão no levantamento fiscal das notas fiscais de transferências internas de gás natural emitidas em mês posterior ao da competência, tanto no total das saídas tributáveis como no total geral das saídas (CFOPs 5658 e 5659), informaram que foram mantidas para cálculo do índice, por não haver previsão para exclusão desses CFOPs no Regime Especial. Frisaram que o CFOP 5658 - Transferência de combustível ou lubrificante de produção do estabelecimento e CFOP 5659 - Transferência de combustível ou lubrificante adquirido ou recebido de terceiro não se enquadra nesse critério de exclusão. Elaboraram em novo formato, o demonstrativo com a relação das notas que foram consideradas pelo fisco e não consideradas pelo contribuinte, cujo IAC passou para 73,3233% e débito apurado ficou agravado para R\$155.323,90, fls. 145 e 156.

No que diz respeito às notas fiscais de saída (venda) de gás natural registradas nos CFOPs 5653 - Venda de combustível ou lubrificante de produção do estabelecimento destinado a consumidor ou usuário final e 5656 - Venda de combustível ou lubrificante adquirido ou recebido de terceiros destinado a consumidor ou usuário final, emitidas em mês posterior ao da competência, tanto no total das saídas tributadas como no total geral das saídas, esclareceram que retificaram os demonstrativos e incluíram as referidas notas fiscais resultado na correção do IAC para 72,3233% o valor do débito aumentado para R\$208.094,46, fls. 145 e 162.

No tocante ao argumento de que diversas notas fiscais de saída de gás natural emitidas em mês posterior ao da competência consideradas pelo fisco no cálculo do IAC e que não foram consideradas por terem sido emitidas após o período de apuração do imposto (nota fiscal extemporânea cujo imposto foi recolhido com os acréscimos legais), subdividiram o enfrentamento em três grupos: a) notas fiscais cujas entregas foram efetuadas no mês anterior da emissão da nota fiscal; b) notas fiscais emitidas para complemento de volume emitidas em período posterior ao fornecimento; e c) notas fiscais de reajuste de preços, emitidas em período posterior ao fornecimento. Esclarecem que em relação aos itens “a” e “b”, tais notas devem ser computas no cálculo do índice. Informam que a empresa já tem conhecimento do fornecimento do produto e não há justificativa para a não inclusão no cálculo do IAC. Com relação ao item “c”, por ser uma operação esporádica, dizem entender que não há prejuízo em incluí-las no cálculo do índice no mês de sua emissão, tendo em vista o encerramento do período de fiscalização. Explicam que procederam aos ajustes excluindo as notas fiscais relativas a reajuste de preços.

Ao tomar ciência do teor da informação fiscal o impugnante reiterou integralmente seus argumentos alinhados em sede de defesa e requereu à procedência parcial do lançamento nos mesmos termos articulados em sua defesa.

Depois de compulsar os elementos que emergem do contraditório em torno da infração 01, inicialmente, constato que os autuantes procederam à correção atinente a não inclusão no levantamento fiscal do valor do ICMS-ST no total das saídas com CFOP 6652 e os valores resultantes não foram objeto de contestação pelo impugnante em sua manifestação sobre a informação fiscal prestada.

No tocante à alegação de que foram incluídas no levantamento fiscal notas fiscais de transferências internas de

gás natural entre seus estabelecimentos, emitidas em mês posterior ao da competência, tanto no total das saídas tributadas como no total geral das saídas (CFOPs 5658 e 5659), verifico que não assiste razão ao dependente, uma vez que não se trata de simples movimentação de mercadorias, ou seja, remessa e retorno para o mesmo estabelecimento, com é o caso das saídas para demonstração, conserto e armazenagem, diversamente do que ocorre nas transferências, cujas mercadorias não retornam ao estabelecimento remetente. Portanto, acolho a sistemática adotada no levantamento fiscal, eis que foram mantidas as operações com CFOP 5658 e 5659, relativos a transferências de combustível ou lubrificante de produção própria ou adquirido de terceiro, haja vista a inexistência de expressa previsão da exclusão no cálculo do índice de aproveitamento de créditos fiscais preconizado na alínea “d” do Inciso III da Cláusula sexta do Capítulo III - Do Índice de Aproveitamento de Créditos Fiscais pelas Entradas de Ativo Fixo, do Regime Especial, consoante Parecer nº 27653/11, fls. 140 e 141, in verbis:

“d) Não serão incluídas no TS as operações que representem tão somente movimentação física de mercadorias, ativos ou bens da empresa, não implicando em transferência de propriedade, a exemplo das saídas para demonstração, conserto e armazenagem.”

Quanto às notas fiscais de saída (venda) de gás natural registradas nos CFOPs 5653 - Venda de combustível ou lubrificante de produção do estabelecimento destinado a consumidor ou usuário final e 5656 - Venda de combustível ou lubrificante adquirido ou recebido de terceiros destinado a consumidor ou usuário final, emitidas em mês posterior ao da competência, tanto no total das saídas tributadas como no total geral das saídas, constato que foram incluídas pelos autuantes no levantamento fiscal referido as aludidas notas fiscais. Acolho também esse ajuste procedido pela fiscalização.

Em relação especificamente à alegação defensiva pelo fato das notas fiscais de saída de gás natural emitidas em mês posterior ao da competência, consideradas pelo fisco no cálculo do IAC no próprio mês de competência e que não foram consideradas pela autuação por terem sido emitidas após o período de apuração do imposto (nota fiscal extemporânea cujo imposto foi recolhido com os acréscimos legais), observo que considerando o período de mensal do imposto, impõe-se que sejam computadas na apuração do índice todas as operações realizadas no mês e já de conhecimento do autuado, independente da dificuldade operacional para emitir a nota fiscal. Logo, além de inexistir qualquer previsão legal, cabe ao contribuinte adotar mecanismo para não macular o sistema legal de apuração mensal do imposto, bem como não desvirtuar a apuração do IAC no respectivo mês. Comungo com o argumento do autuante que somente as operações esporádicas e não previsíveis, como é o caso das notas fiscais de reajuste de preços, é que seria plausível sua utilização no cálculo do índice no mês de sua emissão.

No tocante a alegação defensiva de que o estabelecimento autuado já havia sido fiscalizado no período de 02/2010 a 11/2010, tendo sido objeto de fiscalização toda sua escrituração e notas fiscais relativas às operações com GLP, ocasião em que não se apurou qualquer infração atinente às operações ora em questão, e que por isso, a presente autuação se configura em pretensão indevida de revisão de lançamento, com ofensa ao princípio da imutabilidade do lançamento consoante previsão do art. 145 do CTN, constato que não tem sustentação pretensão do impugnante, uma vez que no Auto de Infração, fl. 02, consta expressamente a ressalva de que, enquanto não extinto o prazo decadencial, remanesce o direito de a Fazenda Estadual apurar, em qualquer época, a ocorrência de outros elementos que se configure obrigação tributária. Assim, resta patente que a fiscalização pretérita não tem o condão de coibir ulterior apuração de eventuais irregularidades antes de operado o interstício decadencial.

Constato que a exigência fiscal consubstanciada no presente Auto de Infração está lastreada nos dispositivos legais citados neste voto, encontrando-se em consonância com os princípios constitucionais, inclusive em relação à não-cumulatividade do ICMS.

Nestes termos, acolho os novos demonstrativos elaborados pelos autuantes e acostados às fls. 143 a 214, que resultou na diminuição do débito exigido na infração 01 para R\$421.806,75, conforme demonstrativo comparativo abaixo. Considerando que foram mantidas as exigências iniciais relativas aos meses de abril e julho, uma vez que na informação fiscal com o refazimento cálculos tiveram seus valores originais agravados.

DEMONSTRATIVO COMPARATIVO - Infração 01

DATA DE OCORRÊNCIA	AUTO DE INFRAÇÃO	INFORMAÇÃO FISCAL	JULGAMENTO
28/02/10	171.718,30	138.726,57	138.726,57
30/04/10	146.339,11	155.323,90	146.339,11
31/07/10	62.765,54	208.094,46	62.765,54
30/11/10	90.196,73	73.975,53	73.975,53
TOTAIS	471.019,68	576.120,46	421.806,75

Assim, resta parcialmente caracterizada a infração 01.

Ante a impossibilidade de exigência neste Auto de Infração por exceder o valor originalmente lançado, o débito remanescente apurado na informação fiscal nos meses de abril e de julho, represento a Autoridade Fazendária

competente, para que avalie a possibilidade, mediante nova ação fiscal, exigir os valores apurados e não alcançados na presente autuação. Ressalto que o autuado poderá regularizar qualquer situação, sem penalidade, antes do início de nova ação fiscal.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores recolhidos.

De ofício, a 3ª Junta de Julgamento Fiscal recorreu da Decisão prolatada para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Inconformado o Sujeito Passivo interpôs Recurso Voluntário, às fls. 263/290, objetivando a reforma da Decisão recorrida.

Suscita nulidade da Decisão de piso por cerceamento do direito de defesa, em razão do indeferimento do pedido de perícia técnico-contábil cujo objetivo seria demonstrar que grande parte das questões discutidas dizem respeito à apuração dos valores, no que se inclui metodologia de cálculo do coeficiente de creditamento, havendo necessidade de referida prova.

Para infração 01 diz que a fiscalização ao proceder a alteração no CFOP 6652 que compõe o denominador da fórmula utilizada no cálculo do índice de aproveitamento de crédito, acabou por revisar os valores, havendo redução para alguns itens e aumento demasiado para outros (abril e julho de 2010).

Sustenta, nos termos do art. 142 do CTN, que as alterações sofridas não se tratam de revisão de valores, mas sim alteração de premissas fáticas, sendo necessária uma nova autuação.

Adiante pontua que faz parte do Regime Especial, de modo que o ICMS-ST não deve ser considerado no cálculo do estorno de crédito, tendo a fiscalização incluído indevidamente no cálculo.

Argui a inclusão indevida, pela fiscalização, das notas fiscais de transferências internas de gás natural entre estabelecimentos da Petrobrás, emitidas em mês posterior ao da competência, tanto no total das saídas tributadas como no total geral das saídas (CFOPs 5658 e 5659).

Entende que as operações de transferência internas entre os estabelecimentos do mesmo contribuinte não devem ser consideradas para fins de cálculo estorno de crédito, por não representarem efetiva saída, não caracterizando transferência de titularidade, em consonância com a Súmula 166 do STJ.

Nesta seara, o art. 6º, inciso III, alínea “c” do RICMS/BA prevê que não incide ICMS na operação interestadual com combustíveis derivados de petróleo, quando destinados à comercialização, industrialização, produção geração ou extração, em outra unidade da federação.

Repisa que as transferências internas não devem ser consideradas, pois não há previsão no Regime Especial Parecer nº 27.653/2011, Cláusula sexta, item III, letras “a” e “b”, reforçado pela letra “d”, que transcreve.

Questiona a inclusão pela fiscalização das notas fiscais de saída de gás natural emitidas em mês posterior ao da competência que não foram consideradas no cálculo do coeficiente de creditamento do recorrente por terem sido emitidas após o período de apuração e não havia tempo hábil para inclusão das mesmas no cálculo do índice antes do fechamento da apuração.

Do mesmo modo, se insurge quanto à desconsideração das notas fiscais de saída (venda) de gás natural registradas nos CFOPs 5653 e 5656, emitidas em mês posterior ao da competência (3/2010), tanto no total das saídas tributadas como no total geral das saídas.

Sustenta que o processamento da apuração do ICMS referente às operações com gás natural necessita de, no mínimo, seis dias úteis para que seja possível receber as medições das transportadoras e as informações referentes à qualidade do gás transportado, emitir a nota fiscal, incluir as notas fiscais no cálculo do coeficiente de creditamento e recolher o ICMS dentro da

apuração da respectiva competência do fornecimento.

Assim, como o recolhimento do ICMS ocorre no dia 09 de cada mês, as notas fiscais emitidas próximas ou posteriormente a essa data, não são incluídas no cálculo do estorno de crédito uma vez que o período de competência foi encerrado e o imposto apurado e recolhido. Essas notas fiscais seriam consideradas no período de sua emissão para efeitos de cálculo do índice, o que não traria prejuízo ao Fisco.

Argui que a própria fiscalização se manifestou favorável à postergação do recolhimento do ICMS nas operações de gás natural de competência do mês de fevereiro/2014, postergando o recolhimento do ICMS nessas operações para 20/03/2014, como se depreende dos termos do Parecer nº 4.980/2014.

Requer a aplicação dos princípios da não cumulatividade, considerando que a redução da base de cálculo nas saídas de gás natural não é uma faculdade, mas sim uma imposição normativa do Estado da Bahia.

Considera que o ente tributante ao impor a redução da base de cálculo do imposto, não pode vetar a manutenção do crédito proporcional, sob pena de afronta ao princípio da não-cumulatividade.

Por fim, pugna pela aplicação dos princípios da proporcionalidade e capacidade contributiva.

A PGE/PROFIS, em Parecer da lavra da Dra. Maria José Ramos Coelho, às fls. 300/303 opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário, por considerar ausentes os argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do acórdão.

Assevera que, compulsando os autos verifica-se, à saciedade, que tanto as imputações fiscais estão absolutamente claras, devidamente tipificadas e alicerçadas na legislação estadual, quanto o lançamento atende a todos os requisitos descritos no artigo 39 do RPAF/99.

Observa que em consonância com o art. 147, II do RPAF, a perícia não deverá ser acolhida em razão da prova do fato não depender do conhecimento especial de técnico, não sendo causa de nulidade da Decisão recorrida.

Pontua que as alegações de inconstitucionalidade ou ilegalidade da legislação tributária não poderão ser apreciadas, em face do art. 167, II do RPAF/BA.

Quanto ao mérito, ressalta que os autuantes procederam à correção atinente a não inclusão no levantamento fiscal do valor do ICMS-ST no total das saídas com CFOP 6652 e os valores resultantes não foram objeto de contestação específica pelo recorrente.

Por fim, registra que não carece de reparo a sistemática adotada no levantamento fiscal, eis que foram mantidas as operações com CFOP 5658 e 5659, relativas a transferência de combustível ou lubrificante de produção própria ou adquirido de terceiros, haja vista a inexistência de expressa previsão da exclusão no cálculo do índice de aproveitamento de créditos fiscais preconizado na alínea “d” do inciso III da Cláusula sexta do capítulo III – do índice de aproveitamento de créditos fiscais pela entradas de ativo fixo, do regime especial, consoante Parecer nº. 27.653/11.

Em assentada de julgamento, essa CJF opinou pela conversão do feito em diligência ao autuante, para adoção das seguintes providências, fl. 328:

- 1 - Exclua do levantamento as transferências internas de gás natural;*
- 2 - Inclua no levantamento as notas fiscais de saída (venda) de gás natural registradas nos CFOPs 5653 e 5656, emitidas em mês posterior ao da competência;*
- 3 - Exclua do levantamento as notas fiscais de saída (venda) de gás natural registradas nos CFOPs 5653 e 5656, emitidas em mês anterior ao da competência;*
- 4 - Elabore novo demonstrativo de débito.*

Em cumprimento a diligência, o autuante, às fls. 339/342, destaca que nos demonstrativos

anexados ao PAF, fls. 16/23, não consta nenhum valor a ser excluído relativo aos CFOPs 5658 e 5859. No entanto, nos valores relativos a entregas físicas com notas fiscais emitidas no mês seguinte à entrega, lançados de forma totalizada, existiam notas fiscais com os citados CFOPs, que foram excluídas nessa oportunidade.

Pontua que nos demonstrativos elaborados, foram considerados nos CFOPs 5653 e 5656 de acordo com o período de apuração em que foram efetivamente emitidos e escriturados, independentemente do período e apuração em que se deu a saída física do produto. Como são notas fiscais emitidas no mês seguinte ao do fornecimento do produto, então são consideradas nas inclusões (notas emitidas no mês seguinte à entrega física, sendo a entrega física o fato gerador do ICMS, que no neste caso específico é diferido) e exclusões da planilha (notas emitidas no mês, cuja entrega física do produto ocorreu no mês anterior).

Assim, após os ajustes dos meses de fevereiro, abril, julho e novembro, os índices de aproveitamento de crédito foram alterados gerando novos valores de ICMS conforme demonstrativo abaixo:

DATA DE OCORRÊNCIA	AUTO DE INFRAÇÃO	JULGAMENTO	APÓS A DILIGÊNCIA
28/02/10	171.718,30	138.726,57	113.778,69
30/04/10	146.339,11	146.339,11	146.339,11
31/07/10	62.765,54	62.765,54	44.174,65
30/11/10	90.196,73	73.975,53	30.539,47
TOTAL	471.019,68	421.806,75	334.831,92

Instada a se manifestar do resultado da diligência, o recorrente aduz serem equivocadas as assertivas do autuante de que: i) quando da lavratura do Auto de Infração, foram elaborados demonstrativos dos cálculos do estorno de crédito, nos quais não constam operações com os CFOP's 5658 e 5659 (transferências internas entre estabelecimentos da Petrobrás), e; ii) as operações relativas aos CFOPs 5653 e 5656 (vendas) foram consideradas nos períodos corretos, de acordo com a data de emissão e escrituração dos respectivos documentos fiscais.

Apresenta anexos para comprovar que em nenhum momento houve exclusão das transferências internas de gás natural entre estabelecimentos da Petrobrás (CFOPs 5658 e 5659).

Em relação às operações com CFOP's 5653 e 5656, assevera que a Fiscalização incluiu notas para reduzir o coeficiente do mês de apuração, mas desconsiderou que essas mesmas notas já haviam sido consideradas no mês de competência.

Entende que se a Fiscalização e o autuante entendiam incorreto o critério utilizado pelo Contribuinte, deveria aplicá-lo em todo o período fiscalizado, reconstituir a conta corrente fiscal (RICMS/2012, art. 304) e, ao final do procedimento, apurar eventual diferença, se houvesse.

Pugna pela realização de nova diligência, com escopo nos arts. 123, §3º, 145, caput, e 150, I, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida exonerado parcialmente o sujeito passivo do débito originalmente exigido, conforme previsto no art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF, como também de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância no que tange à exigência do ICMS, sendo ambos os Recursos, relativo à infração 1 – falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução.

Consta na descrição dos fatos que: “*Relativo aos créditos de ativo imobilizado: 1/48, apropriados a maior em decorrência do índice de aproveitamento dos créditos estar a maior, conforme demonstrativos anexos.*”

Preliminarmente, no que tange ao pedido de decretação de nulidade do presente processo administrativo fiscal, constato que não restou demonstrado nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, ficando, portanto, rejeitada a preliminar de nulidade requerida na defesa, por não estar fundada em nenhum dos incisos I a IV do artigo 18 do RPAF/99.

Neste diapasão, não constitui nulidade o indeferimento do pedido de perícia, haja vista que trata-se de uma faculdade do julgador que diante do conjunto probatório dos autos entendeu que a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos e também é desnecessária em vista de outras provas produzidas.

Com escopo no art. 147, I e II do RPAF, indefiro o pedido de diligência e perícia.

Não houve violação ao art. 142 do CTN, pois a JJF manteve o lançamento original nos meses que a informação fiscal excedeu o valor cobrado originariamente, recomendando a autoridade fazendária que avaliasse a possibilidade, mediante nova ação fiscal, para exigir os valores apurados e não alcançados na presente autuação, ressaltando, ainda que o recorrente poderia regularizar qualquer situação, sem penalidade, antes do início de nova ação fiscal.

Na análise do mérito verifico que o recorrente apresenta os seguintes argumentos que entende ser suficientes para elidir o lançamento de ofício.

- I. Teria sido considerado indevidamente pelo Fisco o valor do ICMS-ST no total das saídas do CFOP 6652 para o período de nov/2010.
- II. Inclusão indevida, pela fiscalização, das notas fiscais de transferências internas de gás natural entre estabelecimentos da Petrobrás, emitidas em mês posterior ao da competência, tanto no total das saídas tributadas como no total geral das saídas (CFOPs 5658 e 5659).
- III. Não foram consideradas as notas fiscais de saída (venda) de gás natural registradas nos CFOPs 5653 e 5656, emitidas em mês posterior ao da competência (3/2010), tanto no total das saídas tributadas como no total geral das saídas.

Quanto à primeira alegação de que teria sido considerado indevidamente pelo Fisco o valor do ICMS-ST no total das saídas do CFOP 6652, entendo não merecer guarida a tese recursal.

Em sua impugnação inicial o sujeito passivo também fez essa alegação, que foi acolhida pelo autuante, não tendo à recorrente apontado especificadamente equívoco na revisão fiscal.

Adiante o recorrente alega que foram consideradas indevidamente, as notas fiscais de transferências internas de gás natural entre seus estabelecimentos emitidas em mês posterior ao da competência, tanto no total das saídas tributadas como no total geral das saídas (CFOPs 5658 e 5659) que por não representarem efetiva saída, não caracterizaria transferência de titularidade.

Diante das argumentações recursais, essa CJF opinou pela conversão do feito em diligência ao autuante, para que fossem excluídas do levantamento as transferências internas de gás natural.

Em cumprimento a diligência, o autuante informou que nos valores relativos a entregas físicas com notas fiscais emitidas no mês seguinte à entrega, lançados de forma totalizada, existiam notas fiscais com os citados CFOPs, que foram excluídas naquela oportunidade.

Em sua manifestação o recorrente sustenta que não foram expurgadas as notas fiscais de transferência de mercadorias registradas sob os CFOPS 5658 e 5659.

Não lhe assiste razão. Conforme é possível constatar das planilhas analíticas constantes da mídia de fl. 343, entregues ao sujeito passivo, conforme recibo de fl. 346, o preposto fiscal promoveu a exclusão das notas fiscais correspondente às operações de transferência. Vejamos a título exemplificativo o mês fevereiro de 2010.

No demonstrativo denominado “COMPOSIÇÃO DOS VALORES RELATIVOS A NOTAS FISCAIS

EMITIDAS EM MÊS POSTERIOR A ENTREGA DO GÁS NATURAL” a fiscalização listou as notas fiscais, cujas operações, no seu entender deveriam ser objeto de ajuste para fins de cálculo do percentual de aproveitamento de crédito.

Nesta planilha as notas fiscais estão elencadas individualmente, havendo dentre os campos que a integra, um destinado à aposição do CFOP. No mês de fevereiro o somatório do valor contábil e base de cálculo do imposto, montam em R\$ 140.903.285,19 e R\$ 106.669.240,89. Compõe este montante o valor correspondente às operações de transferência (CFOP’S 5658 e 5659) que somam R\$ 29.641.035,32 e R\$ 20.923.102,93, representado pelos seguintes documentos:

nt	se	CNPJ	natOp	dEmi	xProd	CFOP	vProd	vBC
1526	6	33000167014323	LUBR.DE PROD.DO ESTAB.	03-fev-10	GAS NATURAL	5658	2.216.469,38	1.564.568,06
1527	6	33000167014323	LUBR.ADQ.OU RECEB.	03-fev-10	GAS NATURAL	5659	5.369.678,26	3.790.364,60
1660	6	33000167112252	LUBR.DE PROD.DO ESTAB.	03-mar-10	GAS NATURAL	5658	1.264.979,94	892.927,83
1661	6	33000167112252	LUBR.ADQ.OU RECEB.	03-mar-10	GAS NATURAL	5659	13.216.435,06	9.329.256,83
1662	6	33000167014323	LUBR.DE PROD.DO ESTAB.	03-mar-10	GAS NATURAL	5658	1.786.605,02	1.261.134,11
1663	6	33000167014323	LUBR.ADQ.OU RECEB.	03-mar-10	GAS NATURAL	5659	5.786.867,66	4.084.851,50
							29.641.035,32	20.923.102,93

Atendendo ao quanto determinado por esta CJF o preposto diligente procedeu à exclusão das referidas notas fiscais, tendo chegado aos seguintes valores objeto de ajuste.

	Valor Contábil	Base de Cálculo
TOTAL DAS OPERAÇÕES	140.903.285,19	106.669.240,89
NFS TRANSFERÊNCIA	29.641.035,32	20.923.102,93
VALOR AJUSTADO	111.262.249,87	85.746.137,96

Note-se que os valores ajustados – R\$ 111.262.249,87e R\$ 85.746.137,96 – são aqueles constantes dos novos demonstrativos anexos ao relatório de diligência de fl. 343, fato que denota o integral atendimento do quanto designado por este órgão julgador.

De igual maneira merecem ser acolhidas as razões de manifestação do Recorrente no que tange aos ajustes correspondentes às operações cuja saída física da mercadoria se dá em um mês e a emissão do documento fiscal correspondente ocorre nos primeiros dias do mês subsequente.

Assim, essa CJF converteu o processo em diligência para que o autuante incluísse no levantamento as notas fiscais emitidas em mês posterior ao da competência e excluísse as notas emitidas em mês anterior ao da competência.

Em cumprimento à diligência, o autuante informou que refez o levantamento considerando os CFOPs 5653 e 5656 no período de apuração em que foram efetivamente emitidos e escriturados, independentemente do período e apuração em que se deu a saída física do produto.

Na manifestação de diligência o recorrente assevera que o Fiscal diligente não procedeu aos ajustes requeridos por esta câmara consistentes na exclusão ou adição dos valores correspondentes às operações cuja saída física se deu em um mês e as respectivas notas fiscais foram emitidas no mês subsequentes.

Também quanto a este aspecto, o fiscal autuante cumpriu integralmente o quanto designado por esta câmara, vale dizer: tomando como exemplo o próprio mês de fevereiro, refez os demonstrativos para: (a) excluir dos montantes correspondentes ao total das saídas e às saídas tributadas o valor correspondente às notas fiscais emitidas no mês de março, cuja saída física se deu no mês de fevereiro e (b) incluir o valor correspondente às notas fiscais emitidas em fevereiro, cuja saída física se deu no mês de janeiro.

É o que se depreende da análise do resumo apresentado ao pé do demonstrativo denominado “COMPOSIÇÃO DOS VALORES RELATIVOS A NOTAS FISCAIS EMITIDAS EM MÊS POSTERIOR A ENTREGA DO GÁS NATURAL” de que aqui se trata. Vejamos:

EXCLUIR	INCLUIR		
Escrituração	Saída Física		
MÊS	MÊS	vProd	vBC
2	1	60.193.060,74	46.438.579,09
3	2	51.069.189,13	39.307.558,87
	TOTAL	111.262.249,87	85.746.137,96

Deste modo, acolho o resultado da diligência realizada pelo autuante, fls. 339/343, que reduziu o débito da infração 1 para R\$334.831,92, conforme demonstrativo abaixo:

DATA DE OCORRÊNCIA	AUTO DE INFRAÇÃO	JULGAMENTO	APÓS A DILIGÊNCIA
28/02/10	171.718,30	138.726,57	113.778,69
30/04/10	146.339,11	146.339,11	146.339,11
31/07/10	62.765,54	62.765,54	44.174,65
30/11/10	90.196,73	73.975,53	30.539,47
TOTAL	471.019,68	421.806,75	334.831,92

As Notas Fiscais n^{os} 1675 e 1676, referidas no Recurso já foram incluídas no levantamento fiscal, o que reduziu o lançamento original.

Por fim, deixo de apreciar pedido de violação a princípios constitucionais, por este Colegiado não ter competência para tanto, consoante disposto no art. 167, I do RPAF.

No que tange ao Recurso de Ofício, verifico que a desoneração sofrida em primeira instância decorreu do refazimento do lançamento originário pelo próprio autuante no momento em que prestou a informação fiscal, fls. 143/214, que excluiu o valor do ICMS-ST no total das saídas do CFOP 6652 para o período de nov/2010 e incluiu as Notas Fiscais n^{os} 1675, 1676, 1803, 1804, 1753, 1754, 2036, 2037, 1956, 1957, 1961, 1973 e 1975 em suas respectivas ocorrências, o que alterou o valor do IAC - Índice de Aproveitamento de Crédito e reduziu o valor originalmente lançado.

Ante ao exposto voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e PROVIMENTO PARCIAL do Recurso voluntário, devendo ser homologado os valores já recolhidos. Assim, o montante do débito do Auto de Infração fica no valor de R\$340.831,92 (Infração 1 - R\$334.831,92 + Infração 2 - R\$6.000,00).

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª. Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração n^o 269139.0003/13-4, lavrado contra **PETRÓLEO BRASILEIRO S/A. – PETROBRÁS**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$340.831,92**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos VII “b” e II, “f”, da Lei n^o 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de maio de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES – RELATORA

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ – REPR. DA PGE/PROFIS