

PROCESSO - A. I. Nº 269139.0003/10-0
RECORRENTE - PETRÓLEO BRASILEIRO S.A - PETROBRÁS
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 5ª JJF nº 0029-05/12
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 11/10/2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0285-12/13

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. MULTAS. Descumprimento de obrigações acessórias. Multas de 10% e 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Exigências parcialmente subsistentes após a realização de diligência que demonstrou o registro de parte dos documentos fiscais. Encontram-se presentes, na infração 2, os requisitos previstos no § 7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 para a redução da penalidade, haja vista que se trata de operações de circulação de mercadorias apenas para/de armazém geral pertencente ao próprio autuado, nas quais o grau de lesividade ao Erário é mínimo e, ademais, a penalidade indicada neste lançamento de ofício afigura-se desproporcional ao ato infracional. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Reformada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO PARCIALMENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente a presente autuação, por meio da qual foi imputado ao sujeito passivo o cometimento de três irregularidades, sendo objeto deste Recurso as duas primeiras acusações:

INFRAÇÃO 1 - deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, no exercício de 2007, sendo lançado o valor de R\$803.672,43, relativo à multa de 10% sobre o valor comercial das mercadorias;

INFRAÇÃO 2 - deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, no exercício de 2007, sendo lançado o valor de R\$7.178.144,53, referente à multa de 1% sobre o valor comercial das mercadorias.

A Junta de Julgamento Fiscal dirimiu a lide nos seguintes termos:

Das peças que compõem o presente processo, verifico que a autuação decorreu da falta de escrituração no livro Registro de Entradas de mercadoria(s) sujeita(s) a tributação, infração 01, falta de escrituração no Livro Registro de Entradas de mercadoria(s) não tributáveis, infração 02, e multa pela falta de emissão do documento de controle previsto no Regime Especial concedido através do Parecer GECOP Nº 11398/2005, infração 3.

(...)

Inicialmente, rejeito a nulidade arguida pelo autuado, que alega incongruência entre os fatos descritos pelo Fisco e sua respectiva previsão legal, bem como, a ausência de especificação/indicação dos dispositivos legais correspondentes à conduta praticada pelo Autuado e consideradas pelo Fisco como infracionais. Verifico que o próprio sujeito passivo ataca as acusações com precisão e detalhamento, restando claro que compreendeu totalmente a acusação que lhe foi imputada, apresentando alguns argumentos que foram rebatidos pelos autuantes na informação fiscal, inexistindo ofensa ao artigo 18, inciso IV, alínea "a", do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99.

De igual modo, não pode ser acolhida a arguição de nulidade sob a alegação de que o Auto de Infração traz apenas referência genérica ao art. 322 do RICMS/BA, fazendo menção tão somente a “incisos e parágrafos”, mas deixando de especificá-los, o que impossibilitaria ao autuado elaborar a sua defesa.

Analizando esta argumentação considero que a exigência fiscal constante do presente lançamento está fundamentada em expressa disposição legal, sendo que as infrações estão estritamente baseadas no RICMS/97, bem como na Lei 7.014/96, não vislumbrando, deste modo, qualquer violação aos princípios da legalidade, da equidade, da segurança jurídica, da verdade material e da proporcionalidade.

Constato que os Autuantes fazem o enquadramento citando de forma precisa o fundamento legal, art. 322 do RICMS/BA, com a inclusão de todos os incisos e parágrafos relativos ao citado artigo. Tal ocorrência não apresenta cerceamento ao direito de defesa do autuado, pois o art. 19 do RPAF/99, não deixa margens a quaisquer dúvidas de interpretação, conforme transcrevo abaixo:

“Art. 19. A indicação de dispositivo regulamentar equivale a menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.”

Vejo que o Auto de Infração contempla as disposições previstas no RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, que por sua vez regulamenta a Lei nº 7.014/96, que fundamenta esse imposto; aponta o enquadramento das infrações imputadas ao autuado; descreve devidamente as infrações nos campos próprios e identifica o infrator, assim como, apresenta os percentuais da multa aplicada. Diante do exposto, entendo que foram respeitadas as disposições contidas nos artigos 18, incisos II e IV, “a” e 39, inciso III do RPAF/99, pelo que rejeito as preliminares arguidas, considerando terem sido resguardados os direitos de defesa e do amplo contraditório, além de não ter sido violado o princípio do devido processo legal.

O defendente solicitou a realização de perícia contábil, todavia não vislumbro razão para o atendimento desse pleito, pois considero que os elementos já existentes nos autos são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores. Dessa forma com fulcro no art.147, II, “a” e “b”, do RPAF/99, indefiro a solicitação de perícia contábil.

No mérito, a infração 1, acusa o contribuinte de ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa de 10%, sobre o valor comercial das mercadorias não escrituradas.

Em sua defesa, o autuado reconheceu expressamente que parte das notas fiscais arroladas no levantamento fiscal elaborado pelos Autuantes não foi escriturada em seu livro Registro de Entradas, no montante de R\$ 318.417,59. Diz que após criteriosa análise técnica realizada pela empresa por meio do Órgão Tributário REG-I/BA, detectou-se que notas fiscais no total de R\$ 485.254,84 foram escrituradas, no período entre 2007 e 2009, e que para comprovar, juntou cópia física e em um CD de dados, dos livros de Registro de Entradas dos exercícios de 2007, 2008 e 2009.

Os Autuantes em informação fiscal, fls.5031 a 5033, afirmam não proceder este argumento, pois contribuinte alega de forma genérica o cumprimento parcial da sua obrigação, dizendo ter escriturado algumas notas fiscais, entretanto não informa quais seriam estes documentos, nem aponta nos livros apresentados, a localização de tais lançamentos. Dizem, contudo, que em busca da verdade material e para consolidar a autuação, procederam a uma nova verificação minuciosa, eletrônica e manualmente, com base nos documentos disponibilizados durante a fiscalização e não encontraram escrituradas quaisquer das notas fiscais constantes do lançamento tributário.

Vejo que no curso da ação fiscal os Autuantes intimaram a empresa, fls. 27 a 29, através de Termo de Intimação específica, a fim de que se manifestasse a respeito de notas fiscais que identificaram como não escrituradas, solicitando que informasse sobre a data e onde estariam lançadas no livro Registro de Entradas. Não consta ter o Autuado atendido a esta solicitação.

Observo também, presente no PAF, às fls. 31 a 43, demonstrativo analítico referente a mercadorias tributáveis, e às fls.45 a 58, mercadorias não sujeitas a tributação, referentes às notas fiscais não registradas no Livro de Entradas do autuado, consignando o número da nota fiscal, data de emissão, CNPJ do fornecedor e respectivo valor.

O Autuado não aponta no demonstrativo dos Autuantes quais dos documentos ali consignados foram efetivamente registrados em sua escrita fiscal. Verificado CD de Dados trazido pelo defendente, fl. 111, constato conter apenas os dados referentes aos Livros Registro de Entradas dos exercícios de 2007 a 2009, e cópia de sua impugnação fiscal nos termos da apensada aos autos às fls.60 a 75.

Desta forma, entendo razoável que se o Contribuinte tivesse realmente escriturado alguma nota fiscal constante do levantamento elaborado pelo Fisco, conforme alega em sua tese defensiva, teria produzido a prova necessária à comprovação do alegado.

Assim, considerando que as notas fiscais relacionadas no anexo referente à infração 1, dizem respeito a operações tributáveis, cabe a aplicação da multa de 10% do valor comercial das mercadorias entradas no

estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, conforme previsto no artigo 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96. Entendo devidamente caracterizada esta infração.

Relativo à infração 2, o autuado confessa ter dado entrada no seu estabelecimento em mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Entretanto, alega que várias notas fiscais foram escrituradas, totalizando R\$ 643.684,91. Argui também, que as demais, no montante de R\$ 6.534.459,62, referem-se a operações não sujeitas à tributação do ICMS, conforme art. 6º, VI, “c” do RICMS/BA, decorrentes de retorno de armazenagem oriunda da TRANSPETRO, que não foram registradas no SAP-R3 e consequentemente, não foram escrituradas no Livro de Registro de Entradas.

Mais uma vez, contribuinte não aponta no levantamento que serviu de base à autuação, quais documentos e onde estariam os alegados lançamentos fiscais.

Nos termos do art. 123 do RPAF/BA, a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, deverá ser acompanhada das provas que o sujeito passivo tributário tiver inclusive documentos, levantamentos, demonstrativos referentes às suas alegações.

O contribuinte simplesmente nega que algumas das notas fiscais deixaram de ser registradas em sua escrita fiscal, mas não comprova em nenhum momento a sua assertiva. Neste caso, aplico o disposto no art. 143 do RPAF/99: a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

No tocante às notas fiscais que acobertam as operações realizadas entre a PETROBRAS e a empresa TRANSPETRO, contribuinte argumenta que esta última é legalmente qualificada como estabelecimento “ARMAZÉM GERAL”, estando a operação prevista no art. 6º, IV, “c” do RICMS/BA. Diz que como a hipótese é de não incidência do imposto, violado o dispositivo legal apontado pelo Fisco, a multa correspondente seria aquela prevista no art. 42, inciso XV, “d” da Lei nº 7.014/96, no valor de R\$460,00 e não aquela do inciso XI, como pretende a fiscalização, frisando não ter havido nesta situação qualquer tipo de prejuízo econômico/financeiro para o estado da Bahia.

Não comungo com a alegação defensiva de que a falta de registro da circulação de mercadorias entre a TRANSPETRO e a PETROBRAS, por tratar-se de operações sem a incidência do imposto não causaram prejuízo ao erário, tendo em vista que não se pode assegurar de forma inequívoca esta asserção. Ao preconizar a exigência de registro na escrita fiscal de toda e qualquer entrada no estabelecimento culminando com a sanção através da multa de 1%, entendo que a pretensão da legislação é de se manter o controle de todo o fluxo e movimentação das mercadorias desde o ingresso até as saídas. Portanto, mesmo com relação às mercadorias originalmente ingressadas no estabelecimento não destinadas à comercialização ou sob a hipótese de não incidência do imposto, não se pode garantir a manutenção dessa situação pelo estabelecimento, sem um controle sistemático de suas entradas e saídas. Ademais, somente a aplicação de um roteiro específico de auditoria para tais operações - movimentação de entradas e saídas de mercadorias entre a empresa autuada e armazéns gerais - poderia aquilatar se a falta de registro das entradas não destinadas à comercialização teria causado, ou não, qualquer prejuízo ao erário estadual. Saliento que o roteiro aplicado na presente ação fiscal destinou-se, tão-somente, à apuração do efetivo registro na escrita fiscal de operações realizadas pelo contribuinte.

Ressalto que o procedimento adotado pelos Autuantes está amparado nas disposições contidas no art. 42 da Lei nº 7.014/96, a seguir transcrito, onde se verifica a inexistência de qualquer excepcionalidade ou atenuante para as entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal de mercadorias adquiridas sem tributação ou com a fase de tributação encerrada.

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

[...]

XI - 1% (um por cento) do valor comercial da mercadoria adquirida sem tributação ou com a fase de tributação encerrada, entrada no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal;

Ante o exposto, entendo que restou comprovado a imputação referente à infração 2, e, em consequência, entendo ser o Auto de Infração procedente, devendo ser homologado o valor já recolhido.

Voto pela PROCÊDENCIA do Auto de Infração.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs o Recurso Voluntário de fls. 5057 a 5071, suscitando, preliminarmente, a nulidade da Decisão recorrida, por cerceamento de seu direito de defesa, em razão de dois motivos: (i) incongruência dos fatos descritos no Auto de Infração e inexistência de tipificação legal; (ii) inequívoca constatação de iminente prejuízo por ele suportado em face da rejeição de perícia ou diligência fiscal solicitadas.

Argumenta que o fato descrito no Auto de Infração estaria tipificado no “art. 322, incisos e parágrafos (!) do RICMS aprovado pelo Decreto 6.284/97”, que se refere tão somente à destinação do livro REGISTRO DE ENTRADAS, ou seja, declarando-se apenas a sua serventia, sem

a descrição de qualquer conduta a ser praticada. Com isso, alega que a Decisão recorrida não observou esse detalhe jurídico e rejeitou a nulidade apresentada na impugnação, sob o argumento de que inexistiu ofensa ao artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99.

Entende que a nulidade encontra-se configurada, diante do que prescrevem os incisos II e III do precitado artigo 18 do RPAF/BA, uma vez que são nulos os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa ou não fundamentadas.

Afirma que, de igual modo, a Junta de Julgamento Fiscal rejeitou o segundo argumento aduzido quanto à nulidade das infrações 1 e 2, que se refere à *“AUSÊNCIA DE ESPECIFICAÇÃO OU INDICAÇÃO EXATA DOS DISPOSITIVOS LEGAIS CORRESPONDENTES À CONDUTA PRATICADA e consideradas pelo FISCO como infracionais (o Auto traz apenas uma REFERÊNCIA GENÉRICA ao artigo 322 do RICMS/BA, fazendo menção tão somente a “incisos e parágrafos”), mas deixando de especificá-los”*.

Alega, ainda, que, além da descrição do fato encontrar-se incongruente com a hipótese normativa, a Decisão generalizou mais ainda, não observando a norma contida no artigo 39 do RPAF/99, segundo a qual o Auto de Infração deve atender aos requisitos de validade.

Prossegue aduzindo que a 5ª Junta de Julgamento Fiscal indeferiu o pedido de diligência inserido na impugnação, sob a alegação de que os autos continham os elementos suficientes para a formação da convicção do julgador, porém ressalta que o pedido de produção de prova teve a finalidade de comprovar que: (i) na infração 1, várias das notas fiscais examinadas pela Fiscalização Fazendária (no montante de R\$485.254,84) foram devidamente escrituradas entre os exercícios de 2007 a 2009, em datas diversas, conforme demonstram os Livros de Registros de Entradas, e que (ii) na infração 2, também se constatou ser parcialmente improcedente o montante de R\$643.684,91, visto que as notas fiscais constantes da planilha 1 (anexada na defesa) foram devidamente escrituradas em diversas datas, conforme os livros Registro de Entradas relativos aos exercícios de 2007, 2008 e 2009 anexados em papel e em CD juntamente com a impugnação.

Conclui que, caso a Decisão seja mantida, resultará em graves prejuízos para si caracterizando cerceamento do direito de defesa, cuja conduta é repelida pelo ordenamento jurídico pátrio.

No mérito, argumenta que as infrações 1 e 2 são improcedentes, pois os documentos fiscais arrolados neste lançamento de ofício foram devidamente escriturados no livro Registro de Entradas, no período de 2007 a 2009.

Em relação à infração 1, afirma que, apesar de ter reconhecido (por meio de seu Órgão TRIBUTÁRIO/REG-I/BA) que as *“[...] demais notas fiscais, no montante de R\$ 318.417,59, refere-se a operações tributadas pelo ICMS, cujo pagamento do imposto foi realizado pelo fornecedor e que não foram registradas no SAP-R3 e conseqüentemente não escrituradas no Livro de Registro de Entrada”*, discorda do enquadramento legal utilizado pelo FISCO para dar suporte à multa aplicada.

Do mesmo modo, no que tange à infração 2, apesar de ter reconhecido (por meio de seu Órgão TRIBUTÁRIO/REG-I/BA) que as *“[...] demais notas fiscais, no montante de R\$ 6.534.459,62, refere-se a operações não sujeitas à tributação do ICMS, conforme art. 6º, VI, “c” do RICMS/BA, decorrente de retorno de armazenagem oriunda da TRANSPETRO, que não foram registradas no SAP-R3 e conseqüentemente não escrituradas no Livro de Registro de Entrada”*, discorda, também, do enquadramento legal utilizado pelo FISCO para dar embasamento à multa aplicada.

Destaca que as operações realizadas com a TRANSPETRO são qualificadas pelo RICMS/BA como sendo não sujeitas à tributação pelo ICMS, nos termos do artigo 6º, inciso VI, letra “c”, porque se trata de retorno de mercadorias ou bens de armazém geral.

Registra que, somente poderia o Auditor Fiscal cogitar da aplicação da penalidade de que trata o artigo 42, IX, da Lei nº 7.014/96, caso estivessem as *“[...] MERCADORIAS OU SERVIÇOS SUJEITOS A TRIBUTAÇÃO [...]”* e que, estando a operação prevista no artigo 6º, IV, “c”, do RICMS/BA (HIPÓTESE DE NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO), nula é a imputação da penalidade com suporte no

artigo 42, IX, da Lei nº 7.014/96, estando a situação prevista no artigo 42, XV, “d”, da Lei nº 7.014/96.

Alega que as condutas de “*não escrituração no Livro de Registro de Entrada*” consubstanciariam mero descumprimento de obrigação acessória (fato que estaria tipificado/apenado no artigo 42, XV, “d”, da Lei nº 7.014/96, reproduzido literalmente pelo artigo 915, XV, “d”, do RICMS/BA) e não no artigo 42, IX, da referida Lei, frisando que inexistiu, em ambas as situações, qualquer tipo de prejuízo econômico/financeiro para o Estado da Bahia, uma vez que, na infração 1, o pagamento do imposto foi realizado pelo fornecedor e, na infração 2, a operação não está sujeita ao ICMS.

Observa que, “*a rigor, a conduta descrita na autuação como “não escrituração no Livro de Registro de Entrada*”, em verdade corresponderia (fazendo-se grande esforço interpretativo, ante à generalidade com que foi apontado o dispositivo legal considerado violado – o fiscal referiu-se apenas a art. 322 “incisos e parágrafos” do RICMS/BA) exatamente à previsão do art. 42, inciso XV, “d”, da Lei nº 7.014/96 e não ao inciso IX, como desarrazoadamente pretende a fiscalização.

Diante do exposto, requer o provimento do Recurso Voluntário, para que seja declarada a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração diante da inexistência da infringência apontada pelo autuante, ou, sucessivamente, a redução ou cancelamento das multas aplicadas.

A PGE/PROFIS se manifestou pelo não provimento do Recurso Voluntário, afastando, de pronto, a alegação de nulidade, sob o argumento de que “*a descrição das infrações e a tipificação legal revela, sem qualquer dúvida, que a exigência é de multa por descumprimento de obrigação acessória, qual seja, a falta de registro de notas fiscais no LRE*”.

Afirma que não há nenhum elemento, mesmo que por amostragem, que permita a Decisão por buscar provas do regular registro das notas fiscais, não havendo razão, assim, para a realização de diligência.

Considera impertinente o argumento recursal, de que não houve prejuízo ao Erário Estadual, pois se trata de exigência de penalidades de caráter acessório.

Conclui que, na infração 2, é exigida multa por falta de registro de notas fiscais relativas a operações não tributáveis, por isso não cabe a alegação do recorrente, de que não há incidência de ICMS na operação entre seu estabelecimento e a empresa Transpetro.

Na sessão de julgamento de 16/10/12, a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, aquiescendo ao pedido do recorrente, deliberou por converter este PAF em diligência à ASTEC/CONSEF a fim de que fiscal estranho ao feito intimasse o recorrente a apresentar toda a documentação comprobatória e conferisse a efetiva escrituração das notas fiscais no livro Registro de Entradas de Mercadorias, bem como verificasse *in loco* as instalações da TRANSPETRO – Petrobrás Transporte S/A, informando qual a atividade do contribuinte mencionado pelo recorrente.

A diligente apresentou o Parecer ASTEC nº 38/2013 (fls. 5082 a 5085) inicialmente relatando os procedimentos adotados e afirmando que, após os exames, constatou que o autuado efetivamente escriturou em seus livros diversas notas fiscais (infrações 1 e 2), as quais foram excluídas do levantamento fiscal.

Quanto à TRANSPETRO, explica que se trata de uma empresa subsidiária integral do recorrente, que se dedica, segundo o sítio na Internet, ao armazenamento e transporte de petróleo e seus derivados, gás natural e álcool.

Quanto às operações realizadas entre o autuado e a TRANSPETRO, afirma que o recorrente emite notas fiscais de remessa simbólica para armazenagem e a TRANSPETRO emite notas fiscais de devolução ou retorno simbólico, porém, na maioria das movimentações, não há correspondência de valores e os retornos são bem inferiores às remessas originais. Informa, ainda, que os documentos fiscais de retorno de armazenagem totalizaram o montante de R\$640.268.385,00, enquanto que as remessas para armazenagem resultaram na importância de R\$1.189.520.034,12 e

que, para verificar a ocorrência de irregularidades, seria necessário realizar uma auditoria de estoques, que não é o objetivo da diligência solicitada.

Finalmente, apresenta dois demonstrativos com a redução dos valores de débito das infrações 1 e 2 para, respectivamente, R\$342.454,71 e R\$6.789.329,31.

O recorrente se manifesta (fls. 5278 a 5282) alegando, quanto à infração 1, que a diligente *“constatou que houve apenas falta de escrituração de algumas notas fiscais no Livro Registro de Entradas do autuado, não se comprovando, contudo, que tenha havido dolo, fraude ou simulação”*, mas *“uma mera prática de descumprimento de obrigação acessória”*, razão pela qual requer a redução ou o cancelamento da multa aplicada, nos termos do artigo 158 do RPAF/99.

No que tange à infração 2, destaca que a TRANSPETRO é sua subsidiária integral (estatuto acostado às fls. 5284 a 5302), devendo ser legalmente qualificada como armazém geral e, portanto, as operações com ela realizadas são enquadradas como não sujeitas à tributação, conforme o artigo 6º, inciso VI, alínea “c”, do RICMS/97.

Acrescenta que armazena seus produtos na “tancagem” existente no Terminal de Madre de Deus, de sua propriedade e operado pela TRANSPETRO, ou seja, realiza operações de armazenagens contínuas pelas quais remunera a empresa pelo serviço, sem que haja a tributação pelo ICMS.

Por fim, pede o cancelamento da penalidade de acordo com o artigo 158 do RPAF/99 e reitera todos os termos do Recurso Voluntário, pela improcedência da autuação e homologação dos valores reconhecidos e pagos.

A PGE/PROFIS se manifestou pelo provimento parcial do Recurso Voluntário, nos montantes apontados na diligência fiscal, tendo em vista a comprovação de equívocos existentes no lançamento de ofício.

O Parecer foi ratificado pela Procuradora Assistente, Dra. Paula Gonçalves Morris Matos, de acordo com o despacho de fl. 5309 dos autos.

VOTO

No item 1 da autuação foi exigida multa correspondente a 10% sobre o valor das entradas, no estabelecimento, de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos exercícios de 2006, 2007 e 2008, enquanto que, na infração 2, foi cobrada penalidade correspondente a 1% sobre o montante das entradas de mercadorias não sujeitas à tributação, no mesmo período.

Inicialmente, afasto as preliminares de nulidade da Decisão recorrida, primeiro, porque os julgadores de Primeira Instância apresentaram a fundamentação para a sua Decisão, apreciando todas as questões postas na impugnação protocolada pelo autuado.

Segundo, porque cabe ao agente fazendário apresentar a descrição dos fatos considerados como ilícitos tributários, porque é contra eles que o autuado se defende. Ao lado disso, por expressa previsão do artigo 19 do RPAF/99, a existência de eventual equívoco na indicação do dispositivo normativo que respalda a exigência não enseja a nulidade da autuação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal, como ocorre na situação em análise.

Terceiro, pois a apreciação de pedido de diligência encontra-se entre as atribuições previstas legalmente para o órgão julgador, não podendo, a eventual denegação, ser motivo para a nulidade da Decisão recorrida, desde que devidamente fundamentada, como é o caso dos autos.

Também deixo de acatar as preliminares de nulidade deste lançamento de ofício, uma vez que as descrições das infrações 1 e 2 não deixam margem a dúvidas quanto aos fatos imputados ao contribuinte. Como dito acima, equívoco porventura cometido pelos prepostos fiscais na citação de dispositivos legais não tem o condão de tornar nula a autuação se os fatos estão bem descritos, tendo em vista que o autuado se defende do que está sendo acusado e não do enquadramento legal.

No mérito, entendo que a Decisão recorrida merece reparos, tendo em vista que diligência determinada por esta segunda instância de julgamento comprovou, em relação às imputações 1 e 2, que houve a escrituração de diversos documentos fiscais, devendo ser reduzido, assim, os montantes de débito.

Como restou demonstrado, entretanto, inclusive mediante a realização de diligência, que o contribuinte não registrou diversos documentos em sua escrituração fiscal, caracterizado está o cometimento de infração de caráter acessório devendo ser aplicada, na infração 1, a multa de 10% prevista no artigo 42, inciso IX, da Lei nº 7.014/96, no valor apontado no trabalho diligencial, de R\$342.454,71, conforme demonstrativo abaixo:

DATA OCORRÊNCIA	DATA VENCIMENTO	B.CÁLCULO	MULTA	VALOR ICMS
31/01/2007	09/02/2007	247.531,62	10%	24.753,16
28/02/2007	09/03/2007	88.726,52	10%	8.872,65
31/03/2007	09/04/2007	297.968,04	10%	29.796,80
30/04/2007	09/05/2007	582.446,41	10%	58.244,64
31/05/2007	09/06/2007	210.770,60	10%	21.077,06
30/06/2007	09/07/2007	168.730,49	10%	16.873,05
31/07/2007	09/08/2007	168.849,82	10%	16.884,98
31/08/2007	09/09/2007	361.958,59	10%	36.195,86
30/09/2007	09/10/2007	292.640,36	10%	29.264,04
31/10/2007	09/11/2007	183.054,88	10%	18.305,49
30/11/2007	09/12/2007	131.415,36	10%	13.141,54
31/12/2007	09/01/2008	690.454,43	10%	69.045,44
TOTAL				342.454,71

Nessa situação, por se tratar de operações de circulação de mercadorias sujeitas à tributação pelo ICMS, entendo que não se encontram presentes os requisitos dispostos no § 7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 para a redução ou cancelamento da penalidade aplicada, uma vez que não há certeza se a falta de registro não implicou falta de recolhimento do imposto.

Quanto à infração 2, a diligente da ASTEC/CONSEF, após excluir os documentos fiscais efetivamente escriturados nos livros do contribuinte, apurou a multa no montante de R\$6.789.329,31, consoante o artigo 42, inciso XI, da Lei nº 7.014/96.

Deixo de acolher a alegação recursal, de que foram relacionadas na infração 2 operações de retorno de armazém geral (da empresa Transpetro) e que, por se tratar de operações fora do campo de incidência do ICMS (artigo 6º, inciso VI, alínea “c”, do RICMS/97), não poderia ter sido aplicada a multa de 1% prevista no artigo 42, inciso XI, da Lei nº 7.014/96, pelas razões a seguir elencadas.

Vejamos o que prevê o artigo 3º, inciso VI, alíneas “a” e “c”, da Lei nº 7.014/96 (correspondente ao artigo 6º, inciso VI, alínea “c”, do RICMS/97):

Art. 3º O imposto não incide sobre:

VI - saídas de mercadorias ou bens:

a) com destino a armazém geral ou frigorífico situados neste Estado, para depósito em nome do remetente;

(...)

c) dos estabelecimentos referidos nas alíneas anteriores, em retorno ao estabelecimento depositante;

O RICMS/97, em relação à escrituração do livro Registro de Entradas de Mercadorias, estabelece o seguinte:

Art. 322. O livro Registro de Entradas, modelos 1 e 1-A (Anexos 38 e 39), destina-se à escrituração (Conv. SINIEF de 15/12/70, Conv. SINIEF 06/89 e Ajustes SINIEF 1/80, 1/82 e 16/89):

I - das entradas, a qualquer título, de mercadorias ou bens no estabelecimento;

§ 4º Os lançamentos serão feitos documento por documento, desdobrados em tantas linhas quantas forem as alíquotas do imposto e as naturezas das operações ou prestações, segundo o Código Fiscal de Operações e Prestações (Anexo do Convênio s/nº, de 15 de dezembro de 1970), nas colunas próprias, da seguinte forma:

(...)

VII - colunas sob os títulos "ICMS - Valores Fiscais" e "Operações ou Prestações sem Crédito do Imposto":

a) coluna "Isenta ou não Tributada": valor da operação ou prestação, deduzida a parcela do IPI, se consignada no documento fiscal, quando se tratar de mercadoria ou serviço cuja saída ou prestação tiver sido beneficiada com isenção ou estiver amparada por não-incidência, bem como, ocorrendo a hipótese, o valor da parcela correspondente à redução da base de cálculo;

Assim, como as remessas e retornos de armazenagem (TRANSPETRO) configuram-se como operações de circulação de mercadorias, ainda que abrigadas pela não incidência do ICMS, entendo que se encontram no âmbito do imposto estadual. Em consequência, as notas fiscais emitidas devem ser devidamente escrituradas nos livros Registro de Saídas e Entradas de Mercadorias.

Nesse caso, entretanto, entendo que os requisitos previstos no § 7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 para a redução da penalidade encontram-se presentes, haja vista que se trata de operações de circulação de mercadorias apenas para/de armazém geral pertencente ao próprio autuado, nas quais o grau de lesividade ao Erário é mínimo. Ademais, a penalidade indicada neste lançamento de ofício afigura-se desproporcional ao ato infracional e, por essa razão, reduz o valor do débito para 10% do valor devido, isto é, R\$678.932,93, conforme o demonstrativo abaixo:

DATA OCORRÊNCIA	DATA VENCIMENTO	B.CÁLCULO	MULTA	VALOR ICMS	10% SOBRE VLR. ICMS
31/01/2007	09/02/2007	3.298.766,86	1%	32.987,77	3.298,78
28/02/2007	09/03/2007	4.393.977,34	1%	43.939,77	4.393,98
31/03/2007	09/04/2007	2.855.827,08	1%	28.558,27	2.855,83
30/04/2007	09/05/2007	552.995,33	1%	5.529,95	552,99
31/05/2007	09/06/2007	7.336.814,27	1%	73.368,14	7.336,81
30/06/2007	09/07/2007	169.361,40	1%	1.693,61	169,36
31/07/2007	09/08/2007	14.558.453,56	1%	145.584,54	14.558,45
31/08/2007	09/09/2007	493.900,97	1%	4.939,01	493,90
30/09/2007	09/10/2007	436.047,09	1%	4.360,47	436,05
31/10/2007	09/11/2007	683.221,29	1%	6.832,21	683,22
30/11/2007	09/12/2007	98.984.806,00	1%	989.848,06	98.984,81
31/12/2007	09/01/2008	545.168.749,98	1%	5.451.687,50	545.168,75
TOTAL				6.789.329,31	678.932,93

Ante o exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, reduzindo o débito da infração 1 para R\$342.454,71 e da infração 2 para R\$678.932,93, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269139.0003/10-0**, lavrado contra **PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRÁS**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$1.021.437,64**, previstas no art. 42, incisos IX, XI e XXII, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.534/02, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de setembro de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – RELATORA

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS – REPR. DA PGE/PROFIS