

A. I. Nº - 269139.0003/14-2
AUTUADO - PETRÓLEO BRASILEIRO S. A. - (PETROBRÁS RPBA EST UNIF)
AUTUANTE - JOSÉ ELMANO TAVARES LINS e JOSÉ ANTONIO SOARES SEIXAS
ORIGEM - SAT/COPPEC
INTERNET - 20/07/2015

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0120-04/15

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS. FALTE DE REGISTRO NA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL - EFD. MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Autuado comprovou o regular registro dos documentos fiscais, devidamente atestado pelo autuante. Acusação insubstancial. 2. DIFERIMENTO. REFEIÇÕES. AQUISIÇÕES PARA FORNECIMENTO AOS FUNCIONÁRIOS. TERMO FINAL. FALTA DE PAGAMENTO. Comprovado que parte do imposto exigido já havia sido pago regularmente, enquanto que em relação a um documento fiscal não ficou caracterizada a operação de aquisição, remanescentes apenas a exigência em relação a um item que foi reconhecido pelo autuado. Infração subsistente em parte. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DESTAQUE DO IMPOSTO A MAIS. Acusação subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência foi lavrado em 15/10/2014, objetivando reclamar crédito tributário no total de R\$634.236,59 ante as acusações relacionadas às seguintes infrações:

- 1) *Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) sujeita(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. NFs de entradas não lançadas na EFD: NF 52, 60, 588, e 2023 e outras da DALL EMPREENDIMENTOS E SERVICOS LTDA.* Foi aplicada multa no valor de R\$619.981,79 prevista no Art. 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96.
- 2) *Deixou de recolher ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários,* sendo exigido imposto no valor de R\$14.054,80, com multa de 60% prevista no Art. 42, inciso II, alínea "f" da Lei nº 7.014/96.
- 3) *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no(s) documento(s) fiscal(is).* Consta a título de complemento: *Em outubro de 2011, foi lançado na apuração do ICMS, Outros Créditos, os valores de R\$ 480,00 e R\$ 400,00, sendo R\$ 480,00 relativo ao ICMS destacado na NF de devolução nº 4329 e R\$ 400,00 relativo ao DIFAL pago quando da aquisição do item devolvido, adquirido através da NF 290347.* A alíquota da NF 290347, de 14/10/2011, é de 7% (RJ). Portanto o ICMS correto da NF de devolução 4329 é de R\$ 280,00, em vez de R\$ 480,00. *DOC Registro Apuração do ICMS, fl. 2, out 2011 DOC NF 290347 DOC NF 4329.* Foi exigido imposto no valor de R\$200,00 com multa de 60% prevista no Art. 42, inciso VII, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.

A autuada ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 32 a 40, onde após alegar a tempestividade da defesa e elaborar uma breve descrição dos fatos, e, em seguida, reconheceu a procedência parcial da infração 2, pois identificou que a Nota Fiscal nº 396 efetivamente houve equívoco na base de cálculo utilizada, com recolhimento do imposto inferior ao devido.

Adentrando às razões de mérito, no que se refere à Infração nº 1, que trata de entradas no estabelecimento de mercadoria(s) sujeita(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal,

sujeitando-se, assim, à sanção do art. 42, IX, da Lei Estadual nº 7.014/96, onde de acordo com a acusação não foram lançadas na Escrituração Fiscal Digital (EFD) as Notas Fiscais nºs 52, 60, 588, 2023 e outras da DALL Empreendimentos e Serviços Ltda, caracterizando descumprimento de obrigação acessória, entretanto, os documentos em anexo comprovam que a penalidade é insubstancial, pois todas as notas indicadas pela Fiscalização foram devidamente escrituradas pelo Contribuinte entre 12/05/2011 e 20/07/2012, conforme se demonstra resumo na Planilha "1 - Escrituração" (Doc. 03) e se confirma nos livros Registro de Entradas dos períodos de 05 a 07/2012 (Doc. 04, 05 e 06), todos em anexo.

Com isso, sustenta que o lançamento da Infração nº 1 carece de fundamento, porque o Contribuinte não incorreu na conduta prevista no art. 42, IX, da Lei Estadual nº 7.014/96, de modo que a penalidade então aplicada não merece destino diverso do cancelamento.

Em relação a infração nº 2, na parte não reconhecida, consta que deixou de recolher ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários, nas operações formalizadas por meio das Notas Fiscais nº 45 e 48.

Defende que o ICMS exigido sobre a operação descrita na Nota Fiscal nº 45, no valor de R\$ 4.872,38 não é devido na medida em que as mercadorias e/ou serviços nela descritas não ingressaram em seu estabelecimento, sendo provável que o fornecedor não emitiu corretamente a nota fiscal em questão, ou que produziu o documento cancelando-o em seguida, pois há registro na Petrobrás do recebimento de Nota Fiscal nº 47 (Doc. 07), com dados idênticos àqueles mencionados na Nota Fiscal nº 45, sendo que o ICMS diferido sobre a operação mencionada na Nota Fiscal nº 47 foi recolhido em 28/02/2011, quando fez parte dos lançamentos que compuseram um pagamento de R\$48.034,24 comprovado pela planilha "ICMS Diferido – 28.02.2011" (Doc. 08) e DAE (Doc. 09), ambos anexados aos autos.

Insurge-se, também, quanto a cobrança de ICMS diferido sobre a operação a que se refere a Nota Fiscal nº 48, porquanto, como se pode concluir da planilha "ICMS Diferido – 28.02.2011" (Doc. 08), o valor em questão integrou o pagamento realizado em 28/11/2011 conforme quadro resumo constante à fl. 38.

No que pertine a Infração nº 3 onde foi imputada "*utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no documento fiscal*", no valor excedente de R\$ 200,00 diz que "*a Fiscalização desconsiderou que não houve creditamento do ICMS pela entrada da NF nº 290347, nem Livro Registro de Entradas (Doc. 10), nem no Livro de Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente (CIAP) (Doc. 11), no qual o registro do item "Caixa metálica nº 05" foi cancelado, porque devolvido no mesmo período da entrada (10/2011), como se infere da NF nº 4.329*", aduzindo em seguida que, em razão disso, quando houve a saída tributada (devolução), por meio da Nota Fiscal nº 4.329, o lançamento no livro Registro de Apuração foi efetuado considerando-se o imposto nela destacado, mesmo que com a alíquota de 12% e não de 7%.

Em conclusão requer que sejam julgadas improcedentes as autuações impugnadas.

Consta à fl. 25, petição encaminhada pelo autuado, fazendo juntada do comprovante do pagamento da parcela reconhecida da infração 2, fl. 30, aduzindo que se impõe, neste caso, a extinção do crédito tributário, nos termos do art. 156, I, do CTN.

Um dos autuantes, presta informação fiscal, fls. 71 a 75, observando inicialmente que o autuado reconheceu parcialmente a infração 2 e contesta os demais débitos. Diante disto, passa a se pronunciar acerca da infração 1, destacando que o autuado informa **corretamente** as datas em que as 39 notas fiscais relativas a esta infração foram escrituradas, sendo quatro notas escrituradas no próprio exercício de 2011 e as demais notas, com data de ocorrência no ano de 2011, escrituradas em 2012. Portanto, considera que procedem as informações do autuado.

No que tange a segunda infração, observa que o autuado reconhece parcialmente a infração, relativo ao valor do ICMS diferido da Nota Fiscal nº 396, no valor histórico de R\$337,32, entretanto, com relação a informação de que não recebeu as mercadorias relativas à nota fiscal nº

45, da DALL Empreendimentos e Serviços Ltda., diz que o autuado não anexou nenhum comprovante fornecido pelo citado fornecedor, de que a emissão da Nota Fiscal nº 45 foi indevida, observando que a empresa DALL Empreendimentos e Serviços Ltda., emitiu três notas fiscais com o mesmo valor e datas as de nºs 45, 46 e 47. A Nota Fiscal nº 46 foi cancelada pelo emitente, permanecendo as Notas Fiscais nºs 45 e 47. Diante da falta de prova do não recebimento das mercadorias, mantém a ação fiscal relativa à Nota Fiscal nº 45, no valor histórico de R\$4.872,38, data de ocorrência janeiro de 2011.

Já com relação à Nota Fiscal nº 48, admite que o ICMS diferido foi pago em 28/02/2011, através de Denúncia Espontânea.

No tocante a terceira infração, diz que o argumento do contribuinte de que a Fiscalização desconsiderou que não houve creditamento do ICMS pela entrada da NF nº 290347, nem no livro Registro de Entradas (Doc. 10), nem no Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente (CIAP) (Doc. 11), no qual o registro do item "Caixa metálica nº 05", foi cancelado, porque devolvido no mesmo período da entrada (10/2011), como se infere da Nota Fiscal nº 4.329, não elide a infração, acrescentando que a Fiscalização considerou que não houve os citados créditos nem no livro Registro de Entradas e nem no CIAP.

Explica que a autuação ocorreu porque em outubro de 2011, foi lançado na apuração do ICMS, Outros Créditos, os valores de R\$480,00 e R\$400,00, sendo R\$480,00 relativo ao ICMS destacado na Nota Fiscal de Devolução nº 4329 e R\$400,00 relativo ao DIFAL pago quando da aquisição do item devolvido, adquirido através da Nota Fiscal nº 290347. A alíquota da Nota Fiscal nº 290347, de 14/10/2011, é de 7% (RJ). Portanto o ICMS correto da Nota Fiscal de Devolução nº 4329 é de R\$280,00 [7%], em vez de R\$480,00 [12%], gerando um valor de ICMS a maior de R\$200,00. O ICMS destacado a maior na nota fiscal de devolução não pode ser utilizado como crédito na apuração do ICMS, conforme dispõe a legislação do ICMS. Apenas o ICMS destacado corretamente pode ser utilizado como crédito na escrita fiscal do contribuinte.

Em conclusão, o autuante assim se posicionou:

- a) Com relação a infração 1, a autuação foi indevida.
- b) Com relação a infração 2, mantém a ação fiscal relativa às Notas Fiscais nºs 45, no valor de R\$4.872,38, com data de ocorrência janeiro de 2011; e a Nota Fiscal nº 396, no valor de R\$337,32, cujo débito foi pago em 14/11/2014; e excluiu a Nota Fiscal nº 48 da autuação, por ter sido paga através de Denúncia Espontânea.
- c) Mantém integralmente a ação fiscal relativa à infração 3, no valor de R\$200,00.

Às fls. 79 a 82 o autuado se manifesta acerca da informação fiscal, aduzindo que os autuantes acataram parte dos argumentos que apresentou, para reconhecerem a insubsistência da Infração nº 1, mas insitiram na manutenção parcial das Infrações nºs 2 e 3, sobre as quais remanesce, portanto, controvérsia.

Diz que, na infração nº 2, no que é relevante ao caso, foi lavrada porque a Fiscalização entendeu que o autuado deixou de recolher ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários, na operação formalizada por meio da Nota Fiscal nº 45. Acentua que na impugnação, afirmou-se que provavelmente o fornecedor não emitiu corretamente a nota fiscal em questão, ou que produziu o documento cancelando-o em seguida, pois há registro na Petrobrás do recebimento de Nota Fiscal nº 47 (Doc. 07), com dados idênticos àqueles mencionados na Nota Fiscal nº 45. Assim, afirmou que os itens a que se referem a Nota Fiscal nº 45 não ingressaram em seu estabelecimento, porém os autuantes “*diante da falta de prova do não recebimento das mercadorias*”, insistem no lançamento do imposto.

Assevera que, o Fisco pretende transferir para a defesa ônus que lhe cabe, já que a prova de ingresso das mercadorias e/ou serviços porventura indicados na Nota Fiscal nº 45 no estabelecimento do Contribuinte substituto é fato necessário ao lançamento do imposto, cuja prova deve integrar o Auto de Infração, nos termos do art. 28, § 4º, do RPAF, o qual transcreveu,

aduzindo em seguida que, se a Fiscalização afirma que as mercadorias ingressaram no estabelecimento do Contribuinte sem o pagamento do ICMS deferido, o ônus de provar o ingresso é dela, inclusive porque a defesa não possui – ao contrário do Fisco – o poder de exigir documentos de terceiros.

Em seguida diz que os autuantes buscam manter a Infração nº 3 ao argumento de que houve utilização de crédito indevido, a partir do lançamento, na Nota Fiscal nº 4329, de alíquota superior à devida, porque se deveria aplicar a alíquota de 7% na devolução de mercadorias para o Rio de Janeiro, e não 12% como foi feito. Destaca que, neste ponto, se ignorou, nas Informações Fiscais, que não houve creditamento do ICMS pela entrada da Nota Fiscal nº 290347, que se refere à mercadoria devolvida pela Nota Fiscal nº 4329 e que, por isso, quando houve a saída tributada (devolução), o lançamento no RAICMS foi efetuado considerando-se o imposto cabível para anular o imposto nela destacado, mesmo que com a alíquota de 12% e não de 7%. Com isso, considerada que não há nenhum valor devido.

VOTO

Tendo em vista que no presente processo não foram alegadas questões de ordem preliminar passo a analisar os argumentos defensivos relacionados ao mérito da autuação. Assim é que, em relação a primeira infração que trata de aplicação de penalidade no valor de R\$619.981,79 em decorrência da acusação de que ocorreu entradas de mercadorias sem o devido registro das notas fiscais, o autuado alegou que todas as notas indicadas pela Fiscalização foram devidamente escrituradas entre 12/05/2011 e 20/07/2012, e se confirma nos livros Registro de Entradas dos períodos abrangidos pela autuação.

Por sua vez, os autuantes, após analisarem os documentos e argumentos apresentados pelo autuado confirmaram que, de fato, ocorreu a escrituração de todos os documentos fiscais que deram causa à autuação, ao assim se pronunciarem: "*(...) o autuado informa corretamente as datas em que as 39 notas fiscais relativas a esta infração foram escrituradas, sendo quatro notas escrituradas no próprio exercício de 2011 e as demais notas, com data de ocorrência no ano de 2011, escrituradas em 2012. Portanto, considera que procedem as informações do autuado.*"

Desta maneira, concordo com o posicionamento dos autuantes pois após analisarem os documentos apresentados pelo autuado se posicionaram pelo acolhimento dos seus argumentos, por esta razão não vejo outro caminho senão o de votar pela insubsistência da infração 1.

Quanto a segunda infração, observo que a lide remanesce apenas em relação a Nota Fiscal nº 45, cujo imposto reclamado resultou no valor de R\$4.872,38, visto que no que se relaciona a Nota Fiscal nº 396, com imposto lançado no valor de R\$337,32 o autuado reconheceu o débito e efetuou o pagamento respectivo, e, no que toca a Nota Fiscal nº 48, com imposto no valor de R\$4.845,10 os próprios autuantes reconheceram que o pagamento se efetivou em 28/02/2011. Com isso cabe apenas a analisar a questão envolvendo a Nota Fiscal nº 45 emissão de DALL Empreendimentos e Serviços Ltda, em 04/02/2011, conforme consta na planilha de fl. 10 da lavra dos autuantes.

Analizando os documentos presentes nos autos, verifico que os autuantes se limitaram a confeccionar a planilha de fl. 10, indicando a Nota Fiscal nº 45, sem efetuar juntada de cópia do DANFe e sem indicar o número da chave de acesso do referido documento a fim de que se pudesse consultar os eventos relacionados à esse documento fiscal.

Por sua vez, a autuada alega desconhecer tal documento e apresentou cópia do DANFe nº 47, fl. 66, emitido na mesma data e mesmo valor constante do documento objeto da autuação, defendendo que o fornecedor provavelmente deve ter emitido o documento com incorreção e o substituído pelo de nº 47, na mesma data e mesmo valor.

Vejo que consta no DANFe nº 47, o número do Pedido 4503790627 portanto, entendo que se comprovaria que a operação indicada pelo DANFe nº 45 se efetivou se este fosse trazido aos autos e constasse número de pedido diverso do aqui indicado. Por esta razão, assiste razão ao autuado

de que não se comprovou a efetivação da operação relacionada ao DANFe nº 45, razão pela qual voto pela insubsistência deste item da autuação.

Ante ao exposto, a infração nº 2 é procedente em parte no valor de R\$337,32 valor este já recolhido.

No que pertine à terceira infração, que trata de utilização indevida de crédito fiscal no valor de R\$200,00, o autuado alegou ser indevida a exigência fiscal já que não houve o crédito do imposto por ocasião da operação de entrada.

Analisando o DANFe 290347, fl. 12, que se refere a operação de entrada no estabelecimento do autuado a título de transferência de bem do Ativo Imobilizado, consta à fl. 16 que a operação ocorreu com a alíquota interestadual de 7% com valor do ICMS de R\$280,00, enquanto que o DANFe nº 4329, fl. 19, que trata da devolução do item 5 da Nota Fiscal nº 290347, consta a saída com alíquota de 12% com ICMS no valor de R\$480,00 para a mesma operação de entrada.

No Registro Fiscais da Apuração do ICMS - Operações Próprias, fl. 11, o autuado efetuou dois lançamento a título de "outros créditos": o primeiro no valor de R\$400,00 a título de ajuste da Nota Fiscal nº 4329-3 e o segundo no valor de R\$480,00 referente ajuste para a Nota Fiscal nº 290347-1. Com isso, entendo que o segundo ajuste, no valor de R\$480,00 está correto pois visou apenas anular o débito lançado em relação a Nota Fiscal nº 290347, cujo documento, aliás, por se tratar de devolução interestadual, deveria ter sido emitido com a mesma alíquota constante no documento de entrada. Entretanto, este equívoco, não tem repercussão para o Estado da Bahia, já que se trata de lançamento para fim de anulação do débito lançado dentro do mesmo período.

Já o ajuste para a Nota Fiscal nº 4329-3, no valor de R\$400,00 não vejo justificativa para tal lançamento por se referir a documento fiscal de entrada em que o próprio contribuinte assevera que não se creditou do imposto. Portanto, mantenho a autuação entendendo, ainda, que ela deveria ter alcançado o valor integral do crédito e não apenas a diferença na forma como foi feita.

Desta maneira, considero subsistente o item terceiro da autuação no valor de R\$200,00.

Em conclusão voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração no valor de R\$537,32, sendo R\$337,32 referente a infração 2 e R\$200,00 relativo a infração 3.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269139.0003/14-2, lavrado contra PETRÓLEO BRASILEIRO S. A. - (PETROBRÁS RPBA EST UNIF), devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$537,32, acrescido das multas de 60%, previstas no art. 42, incisos II, "f" e VII, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor de R\$337,32 já recolhido em relação a infração nº 2.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea "a", do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de julho de 2015.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE/RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR- JULGADOR