

A. I. Nº - 298929.0014/15-8
AUTUADO - ENERGÉTICA CAMAÇARI MURICY S/A
AUTUANTE - EDMARIO DE JESUS SANTOS
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 16.03.2016

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0016-04/16

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. Infração não impugnada. Reduzida de ofício a multa para 1%, em decorrência da aplicação retroativa do art. 42, inciso IX da Lei 7.014/96, autorizada pelo art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN. Acatadas parcialmente as razões defensivas. Infração parcialmente elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/06/2015, exige multa no valor de R\$273.253,81 em decorrência da entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, conforme art. 42, inciso IX da Lei 7.014/96. A relação das notas fiscais não encontradas na EFD do contribuinte, estão elencadas no Anexo II.

Petróleo Brasileiro S.A - Petrobrás, que incorporou o estabelecimento autuado, ingressa com defesa, fl. 26 a 52, e aduz as seguintes razões fáticas e de direito, em sua impugnação, como segue em resumo:

Após esclarecer que a Energética Camaçari Muricy S.a, passou a ser registrada sob o CNPJ 33.000.167/0266-82, com a Razão Social Petróleo Brasileiro S.A – UTE Camacari Muricy I, conforme documentação que anexa, passa a explanar o objeto social da sociedade de economia mista que se rege pela Lei 6.404 /76.

Pede a nulidade da autuação em decorrência de dois fatores:

- a) Incongruência entre os fatos descritos pela autoridade fiscal e sua respectiva previsão legal;
- b) Da ausência de especificação/indicação dos dispositivos legais correspondentes à conduta praticada pelo autuado e consideradas pelo fisco como infracionais (o Auto traz apenas referência genérica ao art. 322 do RICMS, fazendo menção tão somente a “incisos e parágrafos, mas deixando de especificá-los).

Aduz que o fato descrito, segundo apontado pela Ilustre Autoridade Fiscal, estaria tipificado no “*art. 322, incisos e parágrafos (!?) do RICMS aprovado pelo Decreto 6.284/97*”, mas que o art. 322 refere-se tão somente à destinação do livro de registro de entradas, declarando sua serventia e que não há nesse artigo do RICMS a descrição de qualquer conduta a ser praticada pelo Contribuinte, pelo que transcreve o citado dispositivo. Ademais, tal fato representa flagrante violação ao princípio da legalidade, e inviabiliza ao contribuinte o exercício do seu direito à ampla defesa. Desse modo não se sabe ao certo onde estão previstas as condutas consideradas infringidas pelo fisco, pelo que traz o Auto de Infração referência genérica ao art. 322 do RICMS/97.

No mérito observa que os valores mais expressivos referem-se ao período de janeiro a maio de 2013, período para o qual foi enviado o SPED IPI/ICMS sem movimento. Para este período (jan a mai/2013), deverão ser canceladas as multas, com base na comprovação de que não houve dolo nem falta de recolhimento de imposto, em face de dispositivo específico da Lei 7.014, de

04/12/1996, in verbis: "Art 42 § 7º - As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto".

Assevera que as DMAs do período acima mencionado comprovam que não houve omissão de informação ao órgão fazendário e que os extratos de pagamento de ICMS referentes ao período supracitado, comprovam também que não houve falta de recolhimento do imposto, documentos que anexa.

Assevera que a fiscalização aplicou, erroneamente, multa de 10% em operações não tributadas, que não poderiam fazer parte deste auto de infração, visto que o mesmo trata apenas de operações tributadas (R\$110.911,37). Adicionalmente, seguem em anexo os arquivos de conciliação nos quais foram confrontadas as Notas Fiscais listadas pelo fisco, com os livros de entrada gerados pelo sistema. Estão indicados na cor amarela os documentos que não foram localizados no livro e na cor verde os documentos que foram localizados. As Notas fiscais canceladas também estão indicadas nesta conciliação que contempla todo o período do Auto de Infração.

Outrossim, as demais notas fiscais relacionadas são decorrentes de cancelamento pelo fornecedor, de mercadorias não recebidas pela Petrobras ou destinadas à outras filiais da Petrobras não situadas no Estado da Bahia; outras são notas fiscais de prestação de serviço ou outras situações que possam ter ensejado a falta de registro das mesmas na EFD da Petrobras.

Além do que, devolvida a mercadoria ou cancelado o negócio de compra e venda, e, por consequência, inexistindo a transferência da mercadoria do vendedor ao comprador, indevida a incidência do ICMS, uma vez que houve desfazimento do negócio jurídico. Traz o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no Resp. 953.011/PR, Ministro Relator Castro Meira.

Argui também 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. Nesse sentido traz os conceitos de operação, circulação, mercadoria. Trancreeve a jurisprudência, e a ementa do Acórdão relativo ao processo administrativo fiscal nº 269139.0003/10-0 deste CONSEF.

Alternativamente, a despeito de todos os argumentos de defesa, caso esta JF não os acate, invoca a aplicação da multa por descumprimento de obrigação acessória o valor de R\$460,00, prevista no art. 42, XV, "d" da Lei nº 7.014/96, vez que não ocorreu qualquer prejuízo para o Estado da Bahia.

Requer diligência fiscal/perícia, e indica assistente técnico, empregado do autuado, com endereço no Rio de Janeiro- RJ.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 61 a 68, quanto ao mérito, aduz que o autuado reconheceu que, no período de janeiro a maio de 2013, enviou o SPED IPI/ICMS sem movimento. Discorda da afirmação do contribuinte de que as notas fiscais nºs 189 e 196, correspondem a operação de diferimento, o que perfaz no exercício de 2012 o valor de R\$648.390,24, e no exercício de 2013, o valor de R\$460.723,49. Assim, as operações são tributadas, sendo postergado o seu pagamento. Elabora tabela demonstrando operações que devem ser glosadas do respectivo Auto de Infração, na fl. 65, cujos documentos perfazem o valor de R\$229.978,30, e reduz a multa aplicada no valor de R\$22.997,82, sendo que o valor do AI perfaz R\$250.255,98.

Outrossim não concorda com o pedido de perícia fiscal, pois desnecessária em vista de outras provas produzidas, bem como pela não necessidade de conhecimento especial de técnicos para o deslinde do julgamento.

O autuado às fls. 73 a 97, reitera os argumentos trazidos anteriormente. Da mesma forma o autuante ratifica a informação fiscal de fls. 61 a 68, em vista de não encontrar elementos novos na referida defesa.

O sujeito passivo manifesta-se e com o objetivo de enfatizar sobre o registro das notas fiscais, e diz anexar uma cópia do Livro Registro de Entradas, com todas as 68 notas fiscais pintadas de amarelo, para robustecer sua defesa. Perfaz o montante de R\$134.353,97 (valor da multa de 10% aplicada pelo fisco por entender quer as NFs não foram registradas na Energética, pelo fato da EFD ter sido entregue em branco – erro do sistema), com o intuito de que esse valor seja diminuído do Auto de Infração. Aduz que pelo exame desse livro pode ser verificado que nenhum crédito de ICMS foi tomado, pelo fato de as operações de Energéticas, de saídas, serem isentas ou diferidas. Diante do exposto requer a juntada de Livro de Entradas em formato Digital - CD, visando prevalecer o princípio da verdade material.

Na sessão de julgamento, o patrono da sociedade empresária requereu a juntada do Termo de Transação, Lei Estadual nº 13.449/2015, no qual reconheceu parcialmente o debita tributário em favor da Fazenda Pública Estadual, no valor principal de R\$748,51, consoante documentos de fls. 138/140. Também, em pedido oral, foi requerido que a Lei 13.449/2015, nos seus benefícios, alcançasse os pagamentos futuros relativo à parte condenatória deste Auto de Infração, abatendo-se o valor já recolhido.

VOTO

Inicialmente nego o pedido de diligência ou de perícia fiscal, haja vista que os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação de meu juízo de valor acerca da lide, como disposto no art. 147, I, “a” do RAPF/99 (Decreto nº 7.629/99).

Constato que os dispositivos legais citados no enquadramento da infração, estão em consonância com a descrição fática das mesmas, o demonstrativo da infração encontra-se nas fls. 05 (resumo) e nas fls. 06 a 07, relativo à Nota Fiscal não localizada na EFD (Escrituração Fiscal Digital).

Desse modo, a infração está demonstrada de forma clara, o sujeito passivo entendeu a infração de que está sendo acusado, e que se encontra estampada nos demonstrativos que fazem parte integrante do Auto de Infração, os quais foram recebidos pelo contribuinte. Portanto, diante da possibilidade de o sujeito passivo exercer o pleno direito ao contraditório e à ampla defesa, não encontro motivos que possa invalidar o lançamento fiscal. Assim, em decorrência de que o Auto de Infração preenche todas as formalidades exigidas para que surta os efeitos jurídicos e legais, passo ao exame do mérito.

No mérito, na infração 01 consta que ocorreu a entrada de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. No Anexo II estão elencadas as notas fiscais não encontradas na EFD (Escrituração Fiscal Digital) do contribuinte, infração relativa aos meses de janeiro, fevereiro e março de 2012, sob a égide do Regulamento do ICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/96, e de abril a novembro de 2013, sob o Regulamento do ICMS aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012.

A Escrituração Fiscal Digital – EFD se constitui em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal, bem como no registro de apuração de impostos referente às operações e prestações praticadas pelo contribuinte.

Consoante o disposto no art. 248 do RICMS/Ba, Decreto 13.780/2012, a escrituração Fiscal Digital – EFD é de uso obrigatório para os contribuintes do ICMS inscritos no cadastro estadual, e se constitui em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal, bem como no registro de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte (Conv. ICMS 143/06).

Consoante o § 1º do art. 247 do RICMS/2012, a EFD substitui a escrituração e impressão dos seguintes livros: I - Registro de Entradas; II - Registro de Saídas; III - Registro de Inventário; IV - Registro de Apuração do ICMS; V - Livro Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente -

CIAP.

Restou constatado pelo autuante, no curso da ação fiscal, que notas fiscais de mercadorias sujeitas à tributação entradas no estabelecimento, não foram registradas na EFD – Escrituração Fiscal Digital do contribuinte. Posteriormente, ao analisar as razões de defesa, o mesmo agente fazendário constatou que alguns documentos fiscais haviam sido cancelados e deveriam ser excluídos do demonstrativo original, o que perfaz a multa no valor de R\$22.997,83, que deve ser abatida do montante originário, conforme discriminado nas fls. 65 do PAF, em virtude da exclusão das notas fiscais canceladas, sendo que o Auto de Infração passou para o valor de R\$250.255,98.

Concordo com as retificações promovidas pelo autuante, que se encontram no demonstrativo de fl. 65, que aponta quais documentos fiscais foram excluídos na informação fiscal.

Quanto às operações que estariam amparadas pelo regime de diferimento do ICMS, ressalto que esta condição não desonera a tributação do ICMS, apenas posterga o pagamento para uma etapa posterior, quando fica atribuída a responsabilidade pelo pagamento do imposto diferido ao adquirente ou destinatário da mercadoria, ou ao usuário do serviço, na condição de sujeito passivo por substituição. Assim, a operação é tributada e as notas fiscais nº 189 e 196, apontadas na defesa, devem permanecer na exigência fiscal.

Contudo, embora o autuante tenha apontado que o valor da multa passaria para R\$250.255,98 observo, que a Lei 7.014/96 foi alterada pela Lei 13.461/15, a qual deu nova redação ao inciso IX do seu artigo 42, reduzindo a penalidade prevista abstratamente, na lei para este tipo de conduta, conforme abaixo.

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

...

IX - 01% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal (A redação atual do inciso IX do caput do art. 42 foi dada pela Lei nº 13.461, de 10/12/15, DOE de 11/12/15, efeitos a partir de 11/12/15);

...”

Assim, a conduta de falta de registro dos documentos na escrita fiscal do contribuinte passou a ser apenada com multa de 1%, montante este reduzido em relação à multa anteriormente prevista de 10%.

Sendo assim, aplico retroativamente o novo dispositivo legal aos casos não definitivamente julgados, nos termos do art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN, conforme texto abaixo.

“Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

...

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

...

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.”

Com base no exposto, reduzo de ofício a penalidade imposta, para o montante de R\$25.025,63 (1%), sendo que o demonstrativo de débito fica modificado nos seguintes meses, conforme os valores correspondentes às notas fiscais canceladas discriminadas de fl. 65:

Data de Ocorrência	Data de Vencimento	Base de cálculo	Multa	Valor histórico
31/01/2012	09/02/2012	1.261,48	1	12,62
29/02/2012	09/03/2012	1.499,32	1	14,99
31/03/2012	09/04/2012	2.660,48	1	26,61
30/04/2012	09/05/2012	1.261,48	1	12,62

31/05/2012	09/06/2015	1.261,48	1	12,62
30/06/2012	09/07/2012	1.261,48	1	12,61
31/07/2012	09/08/2012	4.882,57	1	48,83
31/08/2012	09/09/2012	516,09	1	5,16
30/09/2012	09/10/2012	516,09	1	5,16
31/12/2012	09/01/2013	681.500,04	1	6.815,00
31/01/2013	09/02/2013	882.325,45	1	8.823,26
28/02/2013	09/03/2013	304.951,48	1	3.049,52
31/03/2013	09/04/2013	171.216,66	1	1.712,17
30/04/2013	09/05/2013	177.931,76	1	1.779,32
31/05/2013	09/06/2013	269.513,82	1	2.695,14
30/06/2013	09/07/2013	0	0	0
31/08/2013	09/09/2013	0	0	0
31/10/2013	09/11/2013	0	0	0
30/11/2013	09/12/2013	0	0	0
TOTAL				25.025,63

Rejeito o pedido de aplicação, alternativamente, da multa por descumprimento de obrigação acessória o valor de R\$460,00, prevista no art. 42, XV, "d" da Lei nº 7.014/96, vez que a falta de registro de mercadorias traz prejuízo ao erário, pois possibilita a evasão do ICMS, quer nas aquisições, quer nas saídas das mercadorias, bem como pelo motivo de que a multa aplicada encontra sua especificidade na Lei 7.014/96, art. 42, inciso IX.

Quanto ao pedido formulada na sessão de julgamento de que os benefícios da Lei Estadual nº 13.449/2015, alcancem toda a parte condenatória deste Auto de Infração, ressalto que o Programa de Transação Judicial e Extrajudicial de Créditos Tributários do Estado da Bahia - Programa CONCILIA BAHIA, foi implementado no período de 03 de novembro de 2015 a 18 de dezembro de 2015, logo ultrapassado o período em que a Lei vigeu.

Desta forma, o que deve ser levado em consideração para ser abatido do valor fixado neste julgamento, relativo ao Auto de Infração em lide, é o fato de que o autuado promoveu o pagamento no valor de R\$748, 51, conforme DAE de fl. 139.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, devendo ser considerado o valor pago pelo sujeito passivo, consoante DAE de fl.s 139/140.

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 **298929.0014/15-8**, lavrado contra **ENERGÉTICA CAMAÇARI MURICY S.A** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa no total de **R\$25.025,63**, prevista no art. 42, IX da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser considerado o valor pago pelo sujeito passivo, consoante DAE de fls. 139/140 do PAF.

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, 26 de março de 2016

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA