

A. I. Nº - 279196.0005/15-2
AUTUADO - PETRÓLEO BRASILEIRO S/A PETROBRÁS
AUTUANTE - RICARDO TABCHOURY DE BARROS SANTOS e JOSÉ FRANCISCO DOS SANTOS
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 17.03.2016

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0019-02/16

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. a.1) MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Razões de defesa não foram capazes de elidir toda a autuação, entretanto, em relação aos itens remanescentes, foi modificada a multa de 10% para 1%, conforme alteração da Lei nº 7014/96, promovida pela Lei nº 13.461/15, com efeito, a partir de 11 de dezembro de 2015, por quantum o art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN, que orienta a aplicação retroativa da multa mais benéfica. Refeitos os cálculos, reduzido o valor exigido. Infração parcialmente procedente. **a.2) MERCADORIA NÃO SUJEITA À TRIBUTAÇÃO.** Descumprimento de obrigações acessórias. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Razões de defesa não foram capazes de elidir toda a autuação. Item parcialmente subsistente. **2. DIFERIMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO. ENTRADA DE REFEIÇÕES DESTINADAS A CONSUMO POR PARTE DOS FUNCIONARIOS.** Item reconhecido. Não acatadas as arguições de nulidades e de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/09/2015, objetiva constituir crédito tributário no valor de R\$96.781,36, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes irregularidades concernentes à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1 – 16.01.01 Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, ano de 2010. Lançada multa no valor de R\$11.933,00. Enquadramento: Artigo 322, e inciso e parágrafos do RICMS/BA aprovado pelo decreto 6.284/97. Multa Aplicada: Artigo 42, inciso IX, da Lei 7.014/96.

Consta na descrição dos fatos que contribuinte deixou de escriturar em sua EFD notas fiscais de entradas de mercadorias sujeitas à tributação, conforme demonstrativo constante do Anexo-I às fls. 6 a 10 dos autos.

INFRAÇÃO 2 – 16.01.02 Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, ano de 2010. Lançada multa no valor de R\$73.336,07. Enquadramento: Artigo 322, e inciso e parágrafos do RICMS/BA, aprovado pelo decreto 6.284/97. Multa Aplicada: Artigo 42, inciso XI, da Lei 7.014/96.

Consta na descrição dos fatos que contribuinte deixou de escriturar em sua EFD notas fiscais de entradas de mercadorias não sujeitas à tributação, conforme demonstrativo constante do Anexo-II às fls. 11 a 15 dos autos.

INFRAÇÃO 03 – 02.04.03: Deixou de recolher ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários no mês de dezembro de 2010, conforme demonstrativo constante do Anexo-III à fl. 16 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$11.512,29, com enquadramento nos artigos 127, 342, 343, inc. XVIII, 348 § 1º, inc. IV e 349 do RICMS/BA, aprovado pelo decreto 6.284/97; e multa aplicada no art. 42, inciso II, “f”, da Lei 7.014/96.

O autuado apresenta suas razões de defesa às fls. 34 a 50, onde reconhece a infração 3, e impugna as infrações 1 e 2, conforme a seguir exposto:

Diz que, realizou uma análise criteriosa dos demonstrativos que acompanham o auto e, depois dela, reconhece a procedência integral da Infração 3, pois se identificou que, efetivamente, houve um problema no recolhimento do ICMS diferido das notas fiscais constantes no Anexo III.

Nada obstante, diz que, a exigência de tributo, relativamente às Infrações 1 e 2, carece de fundamento jurídico, seja porque operou-se a decadência de o Estado da Bahia constituir o crédito tributário, seja da inexistência de descumprimento de obrigação que autorize as penalidades.

Das infrações 2 e 3 - Decadência de eventual crédito tributário vinculado as mercadorias com ingresso entre 01/01/2010 e 29/09/2010.

Destaca que a apuração do ICMS efetua-se sob o regime de conta corrente fiscal, a fim de operacionalizar a incidência do princípio da não-cumulatividade (CF, art. 155, II), por meio da metodologia a que se refere, entre outros, o art. 24 da LC nº 87/96, que o cita.

No Estado da Bahia o mecanismo instituído pela LC nº 87/96 foi ratificado pelo art. 25 da Lei nº 7.014/96 e regulamentado pelo art. 116 do RICMS/97, cuja vigência alcançou o exercício financeiro a que se refere o auto de infração.

Isto posto, diz que, o procedimento impõe ao Contribuinte lançar as entradas e saídas das mercadorias que circulam por seu estabelecimento em seus Livros Fiscais e, a partir de então, apurar o imposto, sob o regime de conta corrente fiscal. O registro das mercadorias é necessário para permitir o cotejo de créditos e débitos de ICMS e, a partir deles, encontrar-se eventual saldo devedor do tributo para, ao final do período considerado, enfim pagar o débito – se houver – ao sujeito ativo da obrigação tributária.

Portanto, o mecanismo corresponde a uma típica hipótese de “lançamento por homologação”, que, a seu turno, se encontra regulamentado no art. 150, § 4º, do CTN, *in verbis*:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua o sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

[...]

§4º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Na espécie, afirma-se que a Petrobras deu entrada no estabelecimento, sem o devido lançamento no Livro de Registro de Entradas, tanto de mercadorias sujeitas a tributação (Infração 1), como de mercadorias não tributadas (Infração 2).

Diz, então, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça hoje é pacífica pela aplicação do art. 150, §4º, do CTN nessas situações, conforme o entendimento firmado sob o regime de recurso repetitivo representativo de controvérsia, no REsp nº REsp 973.733/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, que destaca em nota de rodapé de seu instrumento de defesa.

Observa que a incidência dessa regra de decadência fulmina qualquer possibilidade de o Estado da Bahia constituir créditos tributários em razão de fatos geradores ocorridos antes de setembro/2010. Nestes casos, como existiu declaração e pagamento, todas as operações realizadas pelo Contribuinte, inclusive eventuais entradas de mercadorias porventura não escrituradas, se encontram fora do alcance da Fiscalização.

Destaca que, não foi por razão diversa que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar especificamente o prazo de decadência aplicável ao direito de analisar as operações realizadas pelo Contribuinte, afirmou aplicável o art. 150, §4º, do CTN. Na forma do Recurso Especial – RESP 973.733/SC, que destaca em nota de rodapé no seu instrumento de defesa.

Desta forma, diz extinguir pela decadência o direito de o Estado da Bahia analisar as operações da PETROBRAS, questionar as entradas realizadas, discutir o pagamento efetuado e realizar qualquer lançamento de ofício relativamente aos fatos geradores ocorridos antes de setembro/2010.

Sob o aspecto da nulidade do Auto, quanto as infrações 1 e 2. Inicialmente, destaca que a nulidade, no que tange as infrações 2 e 3 decorre de dois fatores:

- (a) da incongruência entre os fatos descritos pela Autoridade Fiscal (imputados à autuada) e sua respectiva previsão legal; e
- (b) da ausência de especificação/indicação dos dispositivos legais correspondentes à conduta praticada pela autuada 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).

Quanto ao primeiro aspecto “(a)”, em ambas as infrações (1 e 2), o descumprimento à legislação tributária (RICMS/BA) descrito pela Autuação declara a ocorrência da “[...] *entrada no estabelecimento de mercadoria (s) sujeita(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Exercício 2009 a 2012 [...]*”.

Diz que, o fato descrito, segundo apontado pelas Autoridades Fiscais, estaria tipificado no “*art. 322, incisos e parágrafos (!) do RICMS aprovado pelo Decreto 6.284/97*”. Observa, então, que o art. 322 refere-se tão somente à destinação do livro de registro de entradas, declarando sua serventia. Não há nesse artigo do RICMS a descrição de qualquer conduta a ser praticada pelo Contribuinte.

Em verdade, diz que, esse dispositivo legal não obriga o Contribuinte a adotar esta ou aquela providência quanto à escrituração fiscal de suas operações, mas, apenas, repita-se, informa a destinação do Livro de Registros de Entradas. Nada mais.

Destaca que, é fácil, pois, verificar que a descrição dos fatos imputados à PETROBRAS não encontram qualquer correspondência no art. 322 do RICMS/BA, o que além de representar flagrante violação ao princípio da legalidade (art. 5º, II c/c art. 150, I da CF/88; art. 96, art. 97, II e V c/c art. 100 do CTN), inviabiliza ao Contribuinte o exercício do seu direito à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV da CF/88 c/c art. 2º, do RPAF – Decreto nº 7.629/99), já que não se sabe ao certo onde estão previstas as condutas consideradas infringidas pelo fisco.

Sem embargo do argumento acima, ainda que se admita a referência ao art. 322 do RICMS/BA, diz que se constata a ausência de especificação/indicação exata dos dispositivos legais correspondentes à conduta praticada pela Petrobras 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!?).

Com efeito, diz que, é o próprio RPAF – Decreto nº 7.629/99 que elenca os requisitos de validade do Auto de Infração, que os destaca. Destaca que, enquanto ato administrativo, cuja forma encontra previsão expressa na legislação tributária, faltando-lhe o cumprimento de tais requisitos é mesmo flagrante a sua nulidade.

Assim, diz que, não há espaço para referências imprecisas e de natureza genérica, tal como referido pelos Ilustres Fiscais ao enunciar: “[...] *enquadramento: Artigo 322, incisos e parágrafos do RICMS aprovado pelo Decreto 6.284/97* [...]” (os destaques são nossos).

Essa situação observa que implica, relativamente às Infrações 1 e 2, a nulidade do auto de infração e, por conseguinte, do lançamento do crédito tributário nele descrito.

Da insubsistência das Infrações 1 e 2, a defendente discorda do enquadramento legal utilizado no Auto de Infração para dar suporte às multas aplicadas, sem prejuízo da efetiva escrituração de diversos documentos fiscais cujos registros foram desconsiderados pela Fiscalização.

É o caso, por exemplo, Nota Fiscal nº 36389 conforme dados constantes na planilha “*Infração 1*” (anexa), que se encontra devidamente escriturada no Livro de Registro de Entradas, mas em face da qual foi aplicada uma multa de R\$ 19,42.

Diz que foram igualmente escrituradas as Notas Fiscais nº 5076, 36384, 36401, 28103 e 23712, conforme dados constantes na planilha “*Infração 2*”, mas a Fiscalização desconsiderou-as para incluir, no valor do lançamento, uma multa de R\$ 22,53.

Enfim, diz que, aplicou-se multa na Infração nº 2 pelo suposto ingresso, no seu estabelecimento, sem registro, da mercadoria a que se refere a Nota Fiscal nº 2413 quando, na verdade, a própria Fiscalização inviabilizou o lançamento, ao denegá-la, conforme documento em anexo.

No mais, diz que, vale mencionar que a conduta descrita pelos Autuantes consubstancia mero descumprimento de obrigação acessória, fato que está tipificado/apenado no art. 42, XV, “d” da Lei nº 7.014/96 e não no art. 42, IX da referida Lei, sendo imperioso frisar que inexistiu, qualquer tipo de prejuízo econômico/financeiro para o ESTADO DA BAHIA uma vez que o recolhimento do ICMS é de responsabilidade do emitente da respectiva nota fiscal.

Diz 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 – o que dificulta ainda mais a defesa do contribuinte) 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.

Ademais, diz que, o Código Tributário Nacional (CTN), no seu art. 112, consagra a máxima do *in dubio pro reo*, orientando que, em matéria de infração tributária, seja adotada à interpretação mais benéfica para o infrator, *in verbis*:

“Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

I - à capitulação legal do fato;

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

III - à autoria, imputabilidade, ou punibilidade;

IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.”

Neste sentido, por força do exposto, ainda que o fisco sustente que existe dúvida quanto à capitulação legal da infração – o que, em verdade, não há, na medida em que a infração ora imputada à Autuada se encaixa perfeitamente ao art. 42, inciso XV, “d” da Lei nº 7.014/96 – deve-se aplicar ao caso a multa de menor monta, concretizando-se, assim, o princípio em tela, cuja aplicação é cogente a teor do quanto disposto no CTN.P

Por tudo exposto, requer:

- i. que seja acolhida a prejudicial de decadência, para declarar extinto o crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos entre janeiro e setembro/2010 (Infrações nº 01 e 02) e a homologação do pagamento realizado – depois de sua comprovação – para a Infração nº 03.

ii. que seja declarada a nulidade das Infrações nº 01 e 02 ou, subsidiariamente, que seja julgado improcedente o Auto na parte impugnada, uma vez que, na pior hipótese, as condutas se encontram descritas no art. 42, XV, “d”, da Lei nº 7.014/96.

Os autuantes prestam Informação Fiscal às fl. 59/63, destacando as impugnações dos termos da defesa e em seguida apresenta sua contra-razões, conforme a seguir:

Em preliminar, o contribuinte pede a nulidade do auto de infração quanto às infrações 1 e 2 (item 5 da peça de defesa, à fl. 40) porquanto o enquadramento das mesmas “*traz apenas referência genérica ao art. 322 do RICMS, fazendo menção tão somente a “incisos e parágrafos”, mas deixando de especificá-los*” (letra (b) do item 5.1 da defesa, à fl. 41).

Em sua impugnação, relativamente a infração 1, diz que a autuada aponta a nota fiscal 36389, que, por encontrar-se devidamente escriturada em seu livro de entradas, não deveria constar do demonstrativo da infração.

Em relação ao infração 2, diz que, a autuada alega que as seguintes notas fiscais estariam registradas em seu livro de entradas e que não deveriam constar do demonstrativo da infração: 5076, 36384, 36401, 28103 e 23712. Ainda, alega que a nota fiscal 2413 foi denegada, pelo que não deveria constar do r. demonstrativo. Antecipadamente, informam que, nas contra-razões, acolhem parcialmente tais alegações.

Por fim em relação a infração 3, diz que, a autuada reconhece a procedência da infração e efetuou o recolhimento correspondente.

Das contra-razões, em relação a preliminar de nulidade, dizem que não prospera a tese da autuada de que o enquadramento indicado pelo Sistema de Emissão de auto de Infração (SEAI), seja motivo para nulidade do auto de infração.

Destaca que, o parágrafo § 1º do Art. 18 do RPAF reza que “*as eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente*” Assim sendo, pugnam pela validade jurídica do auto de infração em seu aspecto formal.

Quanto a alegação de decadência, em que o autuado cita o § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional (item 4.3 da defesa, fl. 38), a autuada alega extinção do crédito por decadência para os fatos geradores ocorridos de 01 de janeiro a 29 de setembro de 2010, dizem que, não obstante a conveniência para o contribuinte em indicar o referido dispositivo do CTN, mister se faz interpretar e aplicar corretamente o código.

O preceito legal do Código Tributário Nacional que se aplica aos prazos de decadência para a Fazenda Pública Estadual não é o citado pela impugnante, mas sim o inc. I do art. 173, do CTN, que compõe a Seção IV – Demais Modalidades de Extinção – do Capítulo IV – Extinção do Crédito Tributário, que assim expressa:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

Dizem, então, a partir da interpretação desse dispositivo, resta claro que, relativamente às obrigações tributárias nascidas em todo o exercício de 2010, somente a partir de 2016 não seria mais permitido ao Fisco a constituição definitiva do crédito tributário através do lançamento de ofício. Tendo o presente auto de infração sido lavrado em 28 de setembro de 2015, plenamente válido é o crédito tributário exigido neste processo administrativo fiscal.

Para corroborar este argumento, é imperioso analisarmos os artigos 965 e 90 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto 6284/97, conforme a seguir destacado:

Art. 965. O direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de 5 anos, contado:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

...

Art. 90. Após 5 anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento”.

Destacam que o artigo 965 é mera repetição do artigo 173 do CTN retro mencionado e o artigo 90 deixa ainda mais claro que o prazo de 05 anos, para efeito de lançamento na modalidade homologação, é contado a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento, no nosso caso, a partir de 1º de janeiro de 2011 (para todos os fatos geradores ocorridos em 2010). Como já explicado acima, o instituto da decadência somente ocorreria no 1º dia do ano de 2016.

Desta forma, todos os débitos das infrações cujas datas de ocorrência estiverem compreendidas no Exercício de 2010 devem ser considerados perfeitamente válidos e eficazes. Portanto, perfeitamente legal se deu o lançamento de ofício para todo o período abrangido pelo auto de infração ora impugnado.

No mérito, em relação a infração 1, dizem que acolhem a alegação da autuada de que a nota fiscal 36389 não deveria constar do demonstrativo de débito, porquanto devidamente registrada. Assim sendo o débito oriundo da infração deverá ser reduzido de R\$11.933,00 para R\$11.913,16.

Em relação a infração 2, dizem que reconhecem o cabimento de se excluírem do demonstrativo de débito as seguintes notas fiscais requeridas pela defendente: 36384, 36401 porquanto devidamente registradas e 2413 porquanto denegada.

Quanto às notas 5076, 28103 e 23712, a autuada não logrou êxito em comprová-las realmente escrituradas. Assim sendo o débito oriundo da infração deverá ser reduzido de R\$73.336,07 para R\$71.402,24.

Quanto a infração 3, dizem que a autuada reconhece a procedência da infração e efetuou o recolhimento correspondente. Pugnam, pois, pela procedência total da infração 3, com o reconhecimento dos valores já recolhidos pela autuada.

Em conclusão, dizem que, tendo manifestado fundamentadamente sobre cada aspecto da defesa, e considerando que esta não traz qualquer substrato capaz de elidir a autuação fiscal ou de apontar, de forma objetiva, qualquer vício, no auto de infração, que pudesse ensejar sua nulidade ou improcedência (exceto nos casos em que demos acolhida às alegações da autuada), são pela procedência do Auto de Infração em tela.

À fl. 71 dos autos, consta detalhamento de pagamento parcial do PAF, conforme extrato extraído do Sistema SIGAT.

VOTO

Inicialmente constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, onde não foi constatada violação ao devido processo legal, sendo os impostos, as multas e suas bases de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, em que considero suficientes para formação de minha convicção e dos julgadores na análise da lide, não ensejando qualquer outra produção de prova na forma do que dispõe o art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

O autuado arguiu a decadência do crédito tributário, nos termos do art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional (CTN), em relação aos fatos geradores anteriores a setembro de 2010. Essa alegação se baseou no entendimento de que a contagem do prazo para constituição do crédito tributário por parte da Fazenda Pública, nesse caso, deveria se iniciar na data de vencimento de cada parcela do valor devido.

Entendo razão não assistir ao sujeito passivo. Em primeiro lugar, as regras do art. 173, inciso I do CTN, que são as mesmas previstas no art. 107-A, inciso I, do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº. 3.956/81) e no art. 965, inciso I, do RICMS/97. Esses dispositivos prevêm que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados

a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Em segundo lugar, a incidência da regra do art. 150, § 4º do CTN diz respeito às situações nas quais a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação, o que não vem a ser a presente situação, conforme explicitado acima. No caso desta lide, o prazo para a contagem referente ao período objeto do questionamento se iniciou em 01/01/2011, com prazo final em 31/12/2015. O auto de Infração foi lavrado em 28/09/2015, com ciência do contribuinte em 30/09/2015 (fl. 3). Portanto, não há que se falar em decadência.

Como tal, conforme foi muito bem observado pelos d. Fiscais Autuantes, este caso comporta sim a aplicação da regra do art. 173, inc. I, do CTN, que preconiza, na forma destacada anteriormente, que o prazo decadencial só se inicia no primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência dos fatos geradores, pois se refere à multa decorrente de ausência do registro, na escrita fiscal, de notas fiscais, decorrentes de entrada de mercadorias em seu estabelecimento. Ora, se não foi declarado, pelo sujeito passivo, à Fazenda Pública, da entrada dessas mercadorias em seu estabelecimento, torna-se inaplicável a contagem prevista no art. 150, § 4º, do CTN.

Ressalto, ainda, que tem sido esse o entendimento deste CONSEF em reiteradas decisões, a exemplo dos Acórdãos CJF Nº 0113/12-05, CJF Nº 0102/12-05, CJF Nº 0004-11/06, CJF Nº 0009-12/08 e JJF Nº 0050-05/14

Pelas razões acima afastado a arguição de decadência dos créditos tributários anteriores a setembro de 2010, levantada pela defesa.

Por outro lado, o autuado suscita a nulidade do Auto de Infração por cometimento de vícios formais na constituição do crédito tributário tipo: *“incongruência entre os fatos descritos pela Autoridade Fiscal (imputados à autuada) e sua respectiva previsão legal” e “da ausência de especificação/indicação dos dispositivos legais correspondentes à conduta praticada pela autuada e consideradas pelo fisco como infracionais”*. Tais alegações não prosperam.

Observo nas folhas 1/2 dos autos as descrições das infrações 1 e 2, com elementos suficientes para se determinar de forma segura a infração cometida, atendendo ao que determina o art. 18 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Associado a essas descrições, têm-se no Anexo I (fls. 6 a 10) as informações das notas não lançadas na escrita fiscal, relativo às mercadorias, sujeitas à tributação, que entraram no estabelecimento do defendente, objeto da infração 1. Por sua vez, no Anexo II (fls. 11 a 15), têm-se as informações das notas não lançadas na escrita fiscal, relativo às mercadorias, não sujeitas à tributação, que entraram no estabelecimento do defendente, objeto da infração 2. Todos os anexos com ciência do defendente na forma da legislação. Como tal, com as circunstâncias da autuação devidamente apontadas e total congruência aos fatos descritos na autuação.

Por outro lado, vejo o enquadramento das infrações 1 e 2, com assertividade no Artigo 322, incisos e parágrafos do RICMS/BA aprovado pelo decreto 6.284/9, como descrito nos autos. Dizer que tal dispositivo diz respeito tão somente à destinação do livro Registro de Entrada e por isso inviabiliza ao defendente o exercício do seu direito à ampla defesa, estando nulas as infrações. Não logra êxito tal arguição, primeiro, por si só as disposições do *“caput”* do artigo 322, combinado com a disposição do inciso I, não deixa dúvida quanto à obrigatoriedade de todo contribuinte efetuar o registro de quaisquer entradas de mercadoria ou bens em seu estabelecimento, quando o dispositivo indica que o livro Registro de Entradas destina-se à escrituração das entradas, a qualquer título, de mercadorias ou bens no estabelecimento de contribuinte do ICMS.

Não menos que esse entendimento do inc. I do art. 322, RICMS/BA aprovado pelo decreto 6.284/9, há de se observar o art. 19 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, em que dispõe que a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando em nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal. Tanto é verdade, a defesa traz considerações de

mérito, tanto da infração 1, quanto da infração 2, com total consciência da infração cometida, inclusive acatadas em parte pelos d. agentes Fiscais, com redução dos valores cobrados pelas autuações.

Restam, assim, afastadas todas as preliminares de nulidades das infrações 1 e 2 aventadas pelo defendente.

No mérito o Auto de Infração reclama crédito tributário no valor total de R\$96.781,36, relativo a 3 (três) infrações descritas e relatadas na inicial dos autos, sendo a infração 3 plenamente acatada e as infrações 1 e 2 impugnadas, as quais são o objeto da presente lide, já que a infração 3 será considerada procedentes pelo reconhecimento e pagamento pelo defendente na forma dos extrato do Sistema SIGAT acostados às fls. 71 dos autos.

A defendente alega, com relação as infrações 1 e 2, que discorda do enquadramento legal utilizado no Auto de Infração para dar suporte às multas aplicadas, sem prejuízo da efetiva escrituração de alguns dos documentos fiscais constantes dos demonstrativos de débitos, que dão sustentação as infrações, desconsiderados na ação fiscal.

Em relação a infração 1, diz que a Nota Fiscal nº 36389 se encontra devidamente registradas no livro Registro de Entrada, por sua vez, em relação a infração 2, diz que, igualmente, foram escrituradas as Notas Fiscais nºs 5076, 36384, 36401, 28103 e 23712. Ainda em relação a infração 2, diz que, a Nota Fiscal nº 2413 não poderia ser lançada, pois a nota foi denegada.

Os d. fiscais Autuantes, em sede de informação fiscal, destacam que, em relação a infração 1, de fato a Nota Fiscal nº 36389 encontra-se devidamente escriturada no livro de Registro de Entrada, não devendo constar do demonstrativo de débito (fls. 11 a 15). Assim sendo, informam que o débito oriundo da infração deverá ser reduzido de R\$11.933,00 para R\$11.913,16.

Por sua vez, em relação a infração 2, dizem que reconhecem o cabimento de se excluírem do demonstrativo de débito as seguintes notas fiscais requeridas pela defendente: 36384, 36401 *porquanto* devidamente registradas no livro fiscal próprio; e 2413 *porquanto* denegada. Quanto às notas 5076, 28103 e 23712, a autuada não logrou êxito em comprová-las realmente escrituradas. Assim sendo, informam que o débito oriundo da infração deverá ser reduzido de R\$73.336,07 para R\$71.402,24.

Sem prejuízo da efetiva escrituração de alguns dos documentos fiscais constantes dos demonstrativos de débitos, que dão sustentação as infrações 1 e 2, desconsiderados na ação fiscal; a defendente alega, com relação a infrações 1, que diz respeito a aplicação de multa *10% (dez por cento) do valor comercial da mercadoria, sujeitas a tributação, que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal*; discorda do enquadramento legal utilizado, no Auto de Infração, em relação a algumas mercadorias constantes do demonstrativo de débito às fl. 6/15, por entender que estariam enquadradas no art. 42, inciso XI, da Lei 7.014/96, dado a relacionar a mercadorias sem tributação ou com a fase de tributação encerrada, o que deveria se aplicar a multa de 1% sobre o valor comercial da mercadoria.

Nesse contexto, é claro o entendimento das partes, de que a legislação tributária estadual não dispensa, em nenhum desses casos, sejam mercadorias adquiridas sujeitas a tributação, ou sejam mercadorias adquiridas sem tributação, ou com fase de tributação encerrada, a responsabilidade do adquirente, no caso em análise o sujeito passivo, do registro na sua escrita fiscal de todos os documentos fiscais recebidos, bem como dos emitidos, no caso de mercadorias devolvidas, como bem definia o inc. I do art. 322, RICMS/BA aprovado pelo decreto 6.284/97, à época dos fatos geradores a exigência do registro das entradas, a qualquer título, de mercadorias ou bens no estabelecimento.

Em sendo assim, sem entrar no mérito da análise da procedência da arguição do defendente quanto a existência de mercadorias adquiridas sem tributação ou com fase de tributação encerrada no demonstrativo de débito da infração 1, que diz respeito a apenas mercadorias adquiridas sujeitas a tributação; entendo assertivo o lançamento da multa para o cometimento das

infrações descritas nos itens 1 e 2 do Auto de Infração em tela.

Saliento que, as multa estabelecidas na norma para ocorrência das citadas infrações à época dos fatos geradores, estão postas no art. 42, inciso IX e XI, da Lei 7.014/96, que a seguir transcrevo:

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

IX - 10% (dez 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;(Grifo acrescido)

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;(Grifo acrescido)

Verifico, entretanto, que a multa constante no art. 42, IX, foi modificada para 1%, a mesma do inciso XI, conforme alteração promovida pela Lei nº 13.461/2015, com efeito, a partir de 11 de dezembro de 2015, não havendo mais diferenciação de percentuais de multas para as situações postas, cabendo, portanto, com base no art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN, a aplicação retroativa da multa mais benéfica.

Neste sentido, não há mais lide nos autos, com a alteração da multa promovida pela Lei nº 13.461/2015, por quantum a falta de registro de notas fiscais nos livros fiscais próprios, já que agora estão unificadas, para o percentual de 1% (um por cento) do valor comercial da mercadoria, seja com tributação, ou sem tributação, ou com fase de tributação encerrada, relativas as entrada no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal.

Desta forma, a partir do demonstrativo de débito da infração 1 às fls. 06/15 dos autos, após a exclusão da multa aplicada sobre Nota Fiscal nº 36389, por quantum as razões descritas acima, referente ao equívoco cometido pelos d. agentes Fiscais na constituição do crédito inicial, cabe um novo demonstrativo de débito, absorvendo a modificação da penalidade de 10% para 1%, na forma da alteração promovida pela Lei nº 13.461/2015, com base no art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN. Em sendo assim o débito da infração 1 deve ser alterado de R\$11.933,00 para R\$1.191,27, conforme a seguir:

Demonstrativo de Débito			
Infração – 01			
Dt. Ocorr.	B. Cálculo	Multa (1%)	Vlr. Histórico da Multa
31/01/2010	22.865,16	1%	228,65
28/02/2010	105,34	1%	1,05
31/03/2010	126,98	1%	1,26
31/05/2010	2.000,00	1%	20,00
31/06/2010	63,71	1%	0,63
31/07/2010	2.620,39	1%	26,20
31/08/2010	16.984,70	1%	169,84
31/09/2010	58.783,81	1%	587,83
31/10/2010	11.210,01	1%	112,10
31/11/2010	3012,28	1%	30,12
31/12/2010	1.359,64	1%	13,59
Total Infração 1			1.191,27

Por outro lado, o débito da infração 2, por quantum se referir a cobrança de multa de 1%, já no patamar da alteração promovida pela Lei nº 13.461/2015, deve ser alterado apenas os valores de Bases de Cálculos, em relação a alguns meses da autuação, dado os erros apontados pelo defendente na defesa, referente as Notas Fiscais nºs 36384, 36401 e 2413 e acatados pelos agentes Fiscais em sede de Informação Fiscal. Em sendo assim o débito da infração 2 deve ser alterado de R\$73.336,07 para R\$71.402,15, conforme a seguir:

Demonstrativo de Débito			
Infração – 02			
Dt. Ocorr.	B. Cálculo	Multa (1%)	Vlr. Histórico da Multa
31/01/2010	4.793.657,07	1%	47.936,57
28/02/2010	40.238,91	1%	402,38
31/03/2010	66.677,59	1%	666,77
31/04/2010	131.958,68	1%	1.319,58
31/05/2010	45.009,36	1%	450,09
31/06/2010	37.795,00	1%	377,95
31/07/2010	109.116,40	1%	1.091,16
31/08/2010	58.417,20	1%	584,17
31/09/2010	76.088,32	1%	760,88
31/10/2010	69.067,48	1%	690,67
31/11/2010	1.174.275,93	1%	11.742,75
31/12/2010	537.918,04	1%	5.379,18
Total Infração 2			71.402,15

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores recolhidos, conforme consta do extrato do SIGAT à fl. 71 dos autos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279196.0005/15-2** lavrado contra **PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. PETROBRAS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$11.512,29**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$72.593,42** previstas nos art. 42, incisos IX e XI, da Lei citada, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05, devendo ser homologando os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de fevereiro de 2016.

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADORA