

A. I. Nº - 326297.0010/15-9
AUTUADO - PETRÓLEO BRASILEIRO S. A. - PETROBRÁS
AUTUANTE - CLÁUDIO MEIRELLES MATTOS
ORIGEM - SAT/COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 05/04/2016

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0061-03/16

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. MULTA. a) MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. b) MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Ajustes realizados quando da informação fiscal reduzem o valor originalmente cobrado. Infrações parcialmente caracterizadas. 2. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. A falta de apresentação da DMA enseja a aplicação de multa. O Autuante reconhece que o documento referido foi encaminhado à SEFAZ no prazo regulamentar. Infração descaracterizada. Reduzida para 1% a multa de 10% aplicada para as mercadorias sujeitas a tributação, com fundamento na alteração promovida pela Lei nº 13.461/15 no inciso IX do art. 42 da Lei nº 7.014/96, com a adoção da retroatividade benigna, nos termos da alínea "c", inciso II do art. 106 do CTN. Rejeitadas as preliminares de nulidades e pedido de perícia arguidas pelo sujeito passivo. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 07/05/2015, exige o valor de R\$613.929,03, em razão do cometimento das seguintes infrações:

- 01.** 16.01.02 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável(s) sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a julho e outubro de 2014, sendo lançado o valor de R\$7.988,99 referente a multa de 1% sobre o valor comercial das mercadorias;
- 02.** 16.01.01 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) sujeita(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a agosto e dezembro de 2014, sendo lançado o valor de R\$605.480,04, referente a multa de 10% sobre o valor comercial das mercadorias.
- 03.** 16.05.04 - Descumpriu obrigação tributária acessória, pela falta de apresentação da DMA, sendo lançado o valor de R\$460,00 referente a multa fixa, no mês de outubro de 2014.

O Autuado apresenta defesa às fls. 25 a 64. Transcreve os termos das infrações. Argui a tempestividade de sua peça defensiva. Alinha os seguintes argumentos para requerer a nulidade do Auto de Infração.

Discorre sobre o devido processo legal, afirmando que a Constituição da República de 1988 (CRFB/88) inovou em relação às Constituições anteriores, haja vista ter consagrado, de forma expressa, a matéria, conforme se vê no art. 5º, LIV, CF - que reproduz. Diz que a esse respeito também a Declaração Universal dos Direitos do Homem, no art. XI, nº 1, dispõe sobre este tema.

Desta forma, assegura que no momento da lavratura do Auto de Infração também deve ser respeitado o contraditório e a ampla defesa.

Prossegue afirmando que nestas espécies de procedimento, uma das faces destes dois princípios é a garantia da ciência de todas as circunstâncias que de alguma forma contribuíram para constatação da ocorrência de transgressão à legislação fiscal.

Sustenta que na presente autuação, a Autoridade Fiscal compilou diversas supostas infrações fiscais em um único Auto de Infração, o que dificulta, sobremaneira, a apresentação da respectiva impugnação. Em razão da ampla gama de assuntos tratados, há dificuldade de a autuada compreender e ter conhecimento sobre todas as situações fáticas indicadas pelo Fisco. Some-se a isso, o fato de exigir a análise e providência de juntada de uma gama de documentos num único prazo, o que acaba por reduzir ou ainda prejudicar as chances de êxito da defesa da contribuinte.

Ademais, diz tratar-se de infrações de diversas naturezas, envolvendo diferentes discussões e abordagens jurídicas, que dificultam a apresentação da impugnação administrativa.

Lembra que o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado Bahia, no art. 123, prevê o direito de o contribuinte fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal no prazo de 60 dias. Mesmo com modificação do prazo previsto no art. 132 do RPAF (de 30 para 60 dias no caso de autuação fiscal), deve ser entendido que referido prazo considera cada lançamento tributário realizado e não um feixe de supostas infrações condensadas em um único ato (autuação fiscal).

No caso em debate, diz que a Autoridade Fiscal procedeu ao lançamento de três exigências fiscais diferentes, fazendo-se necessário estudo de três situações fáticas distintas, a respectiva análise jurídica, bem como, levantamento de toda documentação envolvida.

Alega que de forma indevida foi limitado o direito da autuada à fruir do contraditório e ampla defesa, pois, além de dificultar o conhecimento dos fatos, inserindo diversas infrações em um único Auto de Infração, também dificultou a apresentação de defesa por envolver várias situações jurídicas.

Entende que deve ser aplicada a nulidade ao Auto de Infração, especificamente, no que tange às infrações 01 a 02, decorrente 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 de Infração traz apenas referência genérica ao art. 322 do RICMS/97, fazendo menção tão somente a “*incisos e parágrafos*”, mas deixando de especificá-los).

Quanto ao primeiro aspecto “(a)”, em todas as infrações impugnadas (01 e 02), o descumprimento à legislação tributária (RICMS/BA) declara a ocorrência da *entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação e mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal*.

O fato descrito, segundo apontado pela Autoridade Fiscal, estaria tipificado no “*art. 322, incisos e parágrafos (?) do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97*”.

Sustenta 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. Frisa 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.

Verifica 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. 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 citado, diz que ainda que se admita a referência ao art. 322 do RICMS/BA, constata-se a ausência de especificação/indicação exata dos dispositivos legais correspondentes à conduta praticada pela Petrobras e consideradas pelo fisco como infracionais (o Auto de Infração traz apenas referência genérica ao art. 322 do RICMS, fazendo menção tão somente a “incisos e parágrafos”, mas deixando de especificá-los). Assevera que é o próprio art. 39 do RPAF/99 que reproduz, que elenca os requisitos de validade do Auto de Infração.

Assevera que essa situação implica relativamente às infrações 01 a 03, na parte não desconstituída pelo Órgão *a quo*, a nulidade do Auto de Infração e, por conseguinte, do lançamento do crédito tributário nele descrito. Desta maneira, requer a nulidade das infrações de nº 01 a 02, com o afastamento das respectivas cobranças.

No que tange ao mérito, diz que a Infração 01 relaciona 21 notas fiscais, dentre as quais 02 notas fiscais estão registradas no livro de Entradas: NF-e nº 70, emitida por Perfeição Placas e Comércio - data do registro da entrada, 16/06/2014; NF-e nº 75028, emitida pela Petrobras - UO-BA - data do registro da entrada, 30/04/2015.

Afirma que as demais notas fiscais somam o valor de R\$7.955,18, assim distribuído: (a) 11 Notas - BR Distribuidora - Convênio SUCOP - Prefeitura de Salvador - R\$3.583,40; 05 notas - Consórcio GNL Bahia - materiais sobressalentes - R\$4.059,78; 02 notas - Deville Hoteis - materiais de consumo - R\$252,00; 01 nota - HBR Equipamentos - Material para Empréstimo - R\$60,00.

Aduz que onze notas fiscais são referentes ao Convênio SUCOP, as quais foram quitadas por meio de Termo de Quitação (anexo) e reconhecidas como efetivamente emitidas contra a Petrobras, não tendo, por falha de processo, ocorrido o Protocolo das mesmas no sistema. Sustenta que as demais notas fiscais relacionadas são decorrentes de cancelamento pelo fornecedor, mercadorias não recebidas pela Petrobras ou destinadas à outras filiais da empresa não situadas no Estado da Bahia, outras são notas fiscais de prestação de serviço e/ou outras situações que possam ter ensejado a falta de registro das mesmas na EFD da Petrobras.

Aduz que pela lei civil a relação contratual entre partes, devolvida a mercadoria ou cancelado o negócio de compra e venda, e, por consequência, inexistindo a transferência da mercadoria do vendedor ao comprador, indevida incidência do ICMS, uma vez que houve desfazimento do negócio jurídico. Cita jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no Resp. 953.011/PR Ministro Relator Castro Meira, para reforçar seu entendimento.

Diz que como as operações canceladas ou de devolução de mercadorias não constituem fatos geradores do ICMS, ao contribuinte não podem ser imputadas multas previstas na legislação cujo objetivo é coibir a venda de mercadorias não escrituradas. Se há o desfazimento da operação não há razão para punir o contribuinte pela ausência de escrituração.

Sobre as notas fiscais não escrituradas que se referem a transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte frisa que não deve ser levada em consideração, como se fosse uma etapa autônoma da cadeia produtiva. Ela pouco importa para a cadeia produtiva, pelo que inclusive a não-incidência do ICMS não possui relevância jurídica para levar ao estorno dos créditos da etapa anterior segundo os termos determinados pela CF, art. 155, §2º, II, alínea “a” e “b”. Diz que este argumento está amplamente de acordo com a Teoria Geral do Direito Tributário, bem como com as normas constitucionais do próprio ICMS, conforme, art. 155, inciso II, da Constituição Federal. Sobre fato gerador do ICMS reproduz o art. 114 do CTN, conceituado cada um dos termos que descrevem fato gerador.

Conclui que na mera transferência de produto (que sequer ainda é mercadoria), entre estabelecimentos de um mesmo titular, não há qualquer ato de comércio, pois ninguém vende

para si mesmo. Outrossim, se não se pode falar em ato de comércio, tampouco há que se falar em mercadoria.

Diz que o ICMS só pode e só deve incidir sobre operações que conduzem mercadorias, mediante sucessivos contratos mercantis, dos possuidores originários a outros e aos consumidores finais. Para reforçar sua tese cita doutrina de Geraldo Ataliba, José Eduardo Soares de Melo. Remata que a simples saída de mercadoria do estabelecimento do contribuinte não é hipótese de incidência do ICMS, como pretendem alguns Estados, com suposta base no artigo 12, inc. I da Lei Complementar nº 87/96, pois não alcançada a escorreita exegese do mencionado dispositivo, que deve ser sistematicamente interpretada com a hipótese de incidência prevista no artigo 2º que contempla a circulação, ou seja, a passagem de mercadoria de uma para outra pessoa, mediante transferência de titularidade.

Lembra que no julgamento pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Processo Administrativo Fiscal nº 269139.0003/10-0, o CONSEF reduziu a penalidade, haja vista que se tratava de operações de circulação de mercadoria apenas para armazém geral, conforme transcreve.

Requer que seja julgada improcedente a infração 01, no que se refere às operações entre estabelecimentos do mesmo contribuinte ou, alternativamente, que seja reduzida a multa imputada nos termos do precedente citado, conforme disposições do §7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

No tocante a Infração 02, afirma que as NF-e nº 1285 (Petrobras FAFEN), nº 1226011 (BR Distribuidora) e nº 002 (Petrobras RLAM) foram canceladas, conforme consulta ao Portal da NF-e (anexo). Explica que cinco notas fiscais de operações não ocorridas - as NF-e nºs 154559, 155065, 155058, 155063 e 1226006 (BR Distribuidora) são referentes a operações que não se efetivaram e foram ajustadas pelo emitente mediante a emissão de Nota Fiscal de Entrada. Diz que a Nota Fiscal NF-e nº 41.274 (Sulzer Brasil) está escriturada no TRBA, em Janeiro de 2015, livro Registro de Entradas em anexo. As demais notas fiscais somam o valor de R\$358.732,69, assim distribuídos: 95 notas - (BR Distribuidora) - Convênio SUCOP - Prefeitura de Salvador - Valor R\$358.486,62; 03 notas (Sulzer Brasil) - R\$246,08.

Sustenta que as notas fiscais do referido Convênio SUCOP foram quitadas por meio de Termo de Quitação (anexo) e reconhecidas como efetivamente emitidas contra a Petrobras, não tendo, por falha de processo, ocorrido o Protocolo das mesmas no sistema.

Argumenta que as demais notas fiscais relacionadas são decorrentes de cancelamento pelo fornecedor, 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.

Repete os argumentos expendidos para a infração 01 sobre ocorrência do fato gerador, transferência entre estabelecimentos do mesmo grupo e a Decisão no julgamento pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal no Processo Administrativo Fiscal nº 269139.0003/10-0, do CONSEF que lhe teria sido favorável.

Requer que seja julgada improcedente a infração 02, no que se refere às operações entre estabelecimentos do mesmo contribuinte ou, alternativamente, que seja reduzida a multa imputada nos termos do precedente citado, conforme disposições do §7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

No que tange à infração 03 afirma que a DMA de Outubro de 2014 foi emitida, conforme comprovante anexo, no entanto por algum problema no sistema da SEFAZ-BA, o referido comprovante saiu zerado. Desta forma indica a impugnação dessa infração.

Alternativamente, sustenta que acaso essa Junta de Julgamento Fiscal entenda que subsistam as Infrações 01 e 02 ou parcelas destas, a despeito de todos os argumentos de defesa acima expendidos no que se referem à nulidade e à improcedência das infrações, a Impugnante discorda, contudo, do enquadramento legal utilizado pelo fisco para dar suporte à multa aplicada considerando seu entendimento de que em ambas as situações, inexistiu qualquer tipo de

prejuízo econômico/financeiro para o estado da Bahia uma vez que, na infração 01 o pagamento do imposto fora devidamente realizado pelo fornecedor, já na infração 02, a operação não está sujeita ao ICMS, conforme art. 42 da Lei nº 7014/96 que reproduz.

Cita o art. 150, II do RPAF/99, para requerer perícia fiscal. Diz que de acordo com o art. 145 do RPAF/99, o interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade, formular os quesitos a serem respondidos, sob pena de indeferimento de plano, podendo indicar, se preferir, seu assistente técnico, indicando sua qualificação e endereço.

Afirma que diante da complexidade da matéria e da situação fática apresentada na suposta infração registrada no Auto de Infração ora impugnado, faz-se necessária a elaboração de prova pericial técnica, cujo requerimento visa desconstituir a suposta indevida utilização de crédito fiscal e fazer a prova de que os produtos elencados no demonstrativo de débito anexo do Auto de Infração são indispensáveis ao processo produtivo do estabelecimento autuado.

Caso não seja deferida a perícia fiscal, diante da previsão legal, requer a realização da diligência na forma prevista do art. 148/II - por auditor estranho ao feito, para, com a devida isenção, apreciar os fatos e documentos produzidos nesta impugnação, que visam desconstituir a suposta infração e respectiva multa, objeto do presente Auto de Infração.

Enfim, indica como seu Assistente Técnico o Contador Luiz Cláudio Van Der Maas de Azevedo - CPF nº 042.977.197-54, empregado da Autuada, com endereço na Rua Soares Cabral 80, Ap. 101, Laranjeiras, Rio de Janeiro - RJ.

Requer que acolhida as preliminares arguidas, reconhecendo as nulidades do Auto de Infração pede a produção de todos os meios de prova admitidos pelo direito, em especial a produção de pericial contábil e técnica reservando-se ao direito de nomear outros assistentes técnicos no momento em que for deferida a respectiva perícia; a concessão de oportunidade para se manifestar sobre as Informações Fiscais, nos termos do art. 127, §7º, do RPAF/BA; finalmente, requer seja julgada improcedente as autuações, uma vez que não houve qualquer descumprimento da legislação tributária, pleiteando ainda o afastamento da multa aplicada.

O Autuante produz a Informação Fiscal, apresentada às fls. 91 a 94. Diz que do exame dos autos, constata que a defesa é tempestiva.

Sobre a alegação de que devido a complexidade das infrações o prazo para a defesa teria sido insuficiente, diz que da intimação à lavratura desse Auto de Infração decorreram quarenta e sete dias, o que evidencia por si só um prazo mais do que razoável para o contribuinte, em assim o querendo, apresentasse os documentos que dispunha para elidir a acusação feita. Entende assim, que a nulidade por cerceamento de defesa não merece prosperar.

Quanto à tipificação dos dispositivos infringidos pelo autuado, entende que o lançamento de ofício contém o enquadramento e a multa incorrida para cada infração. Em não bastando tal ocorrência, é sabido que o contribuinte se defende dos fatos a ele imputados e não pelo enquadramento na legislação tributária a esses. Tanto é verdade, que o autuado apresentou sua defesa para cada situação descrita nas três infrações. Afirma acreditar que o julgador não acolherá à alegação de nulidade por "*referências imprecisas e de natureza genérica*".

No que se refere ao mérito, para a infração 01, mostra que o próprio contribuinte reconhece que "*onze Notas Fiscais são referentes ao Convênio SUCOP as quais foram quitadas por meio de Termo de Quitação (anexo) e reconhecidas como efetivamente emitidas contra a Petrobras, não tendo, por falha de processo, ocorrido o Protocolo das mesmas no sistema*". Se diz o contribuinte incurso na situação descrita na infração, 11 notas - BR Distribuidora - Convênio SUCOP - Prefeitura de Salvador - R\$3.583,40. Aduz assim, que o contribuinte reconheceu o cometimento da infração nesse valor.

Quanto as demais notas fiscais arroladas nessa infração, frisa que o defendente embora tenha se insurgido contra a exigência, não relaciona as supostas notas fiscais canceladas ou destinadas à outras filiais.

Quanto a alegação de que algumas das notas arroladas trata-se de operações de transferência entre estabelecimentos da empresa ou, alternativamente, que seja reduzida a multa imputada nos termos do precedente citado, conforme disposições do §7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/196, informo que essa infração tem a natureza de uma multa formal por descumprimento de uma obrigação acessória, qual seja, o lançamento na Escrituração Fiscal Digital, que substituiu os livros fiscais, conforme Convênio ICMS 143, de 2006; Ato COTEPE/ICMS nº 09, de 2008 e Regulamento do ICMS (Decreto nº 13.780/2012) - Sem prejuízo dos demais capítulos. Assevera que não discute a natureza da operação, se transferência ou outra qualquer, mas sim o descumprimento a uma obrigação acessória.

Informa que reexaminando os autos, pondera que deve aceitar a exclusão da Nota Fiscal nº 13987, com o montante autuado de R\$120,00, remanescendo o valor exigido de R\$3.258,90 para o mês de janeiro de 2014. O mesmo para a Nota Fiscal nº 14024 de fevereiro desse ano, não havendo valor a exigir para aquele mês.

Quanto à Nota Fiscal de nº 70, de 05/06/2014, afirma que o contribuinte apresentou arquivo magnético (LRE 0236_NF 70_06-2014), à fl. 88, argumentando que a referida nota fiscal fora escriturada em outro estabelecimento da empresa, de CNPJ nº 33.000.167/0236-67. Portanto é pela exclusão desse documento fiscal dos itens autuados para o mês de junho de 2004, no montante de R\$9,00. No que se refere a Nota Fiscal nº 75028, do mês de outubro/14, o contribuinte comprovou a sua escrituração em livro fiscal, conforme Registro de Entradas-Re-Modelo P1/A, numero de Ordem: 0042, constante em mídia digital (LRE 02374_NF 75028_04-2015) à fl. 88. Opina pela exclusão do valor autuado para o mês de outubro de 2014.

Remata dizendo que remanesce assim, o valor de R\$7.703,18 para o total da infração 01.

Quanto à infração 02, esclarece que devido as alegações defensivas de que as Notas Fiscais NF-e nº 1285 (Petrobrás FAFEN), nº 1226011 (BR Distribuidora) e nº 002 (Petrobrás RLAM) foram canceladas, conforme consulta ao Portal da NF-e (anexo), acusa o equívoco cometido, uma vez que o aplicativo de auditoria utilizado não identificou que estavam canceladas. Opina pela exclusão dessas notas fiscais.

Sobre a alegação da impugnante de que cinco notas fiscais referem-se a operações não ocorridas - as NF-e nºs 154559, 155065, 155058, 155063 e 1226006 (BR Distribuidora) referentes a operações que não se efetivaram e foram ajustadas pelo emitente mediante a emissão de Nota Fiscal de Entrada, apresentando como prova os arquivos magnéticos às fl. 88 (Nota Fiscal nº 1228624 BR Distribuidora - Devolução da Nota Fiscal nº 1226006 e NFs BR Distrib - Entradas - para devolução das NFs de saída), afirma não ser esse o procedimento adequado previsto para a nota fiscal eletrônica. Explica que o correto seria o cancelamento da nota fiscal de entrada, mas entende que a comprovação da devolução descaracteriza a infração, razão pela qual pugna pela aceitação da defesa para essa situação.

A respeito da Nota Fiscal NF-e nº 41.274 (Sulzer Brasil) observa que a mesma foi escriturada no TRBA, só que no exercício seguinte, em Janeiro de 2015, conforme arquivo magnético representando o livro Registro de Entradas (Resp. SST 1274707 - LRE - 2015.01- Nota Fiscal nº 41274). Opina também pelo acolhimento da defesa quanto a esse item.

Sobre o reconhecimento do autuado de que as notas fiscais do referido Convênio SUCOP foram liquidadas por meio de Termo de Quitação (anexo) e tidas como efetivamente emitidas contra a Petrobras, não tendo, por falha de processo, ocorrido o Protocolo das mesmas no sistema, entende que o contribuinte reconhece o cometimento da infração no montante de R\$358.486,62 que é o montante reclamado em se acolhendo os argumentos da defesa para essa infração.

Quanto à infração 03, diz que o sujeito passivo apresenta recibo da entrega do DMA reclamado, embora no sistema corporativo dessa SEFAZ a data de transmissão conste como bem posterior,

em 03/07/2015, conforme documento acostado aos autos (fl. 100). Entende, porém, que pela idoneidade e histórico do contribuinte, o recibo de entrega faz prova do alegado pelo autuado, afastando a infração 03.

Conclui opinando que os julgadores considerem, parcialmente, a defesa do contribuinte, quanto a infração 01, remanescendo o valor de R\$7.703,18 e o de R\$358.486,62 para a infração 02, conforme anexos. No que se refere à infração 03, opina pelo acatamento das razões defensivas, integralmente.

Ao tomar ciência da informação fiscal o sujeito passivo volta a se manifestar fls. 104/142. Repete o inteiro teor da impugnação inicial.

Ressalta que em nenhum momento a Defendente reconhece o cometimento de infração no valor R\$ 358.486,62 referente ao Convênio SUCOP - Prefeitura de Salvador.

Reitera a necessidade de perícia fiscal e requer a realização de diligência. Reafirma tudo quanto alegado na defesa e sejam homologados os valores reconhecidos.

O autuante volta a se manifestar fls. 164/168. Recomenda o não acolhimento da manifestação do contribuinte sob o argumento de que nenhuma prova fática foi acostada aos autos. Diz que o contribuinte já havia exercido o seu direito de defesa, não cabendo inovações em matéria processual por parte de defendente. Em seguida, repete o inteiro teor de sua informação fiscal inicial.

Ressalta que a responsabilidade tributária independe da intenção do contribuinte em praticar ou não a infração. Além disso, assevera que a SEFAZ/BA desenvolve um amplo esforço em efetivar auditorias massivas, extensivas, que têm como suporte o correto lançamento dos documentos fiscais pertinentes e a conduta do contribuinte frustra tal iniciativa, razão pela qual se impõe à aplicação das multas conforme consta no Auto de Infração sob análise.

Opina que os julgadores considerem, parcialmente, a defesa do contribuinte, quanto a infração 01, remanescendo o valor de R\$7.703,18 e o de R\$ 358.486,62 para a infração 02, conforme anexos fls. 95/99. No que se refere a infração 03, opina pelo acatamento das razões defensivas, integralmente.

Quanto a requisição de perícia fiscal ou, exame de caráter técnico e especializado, deve ser afastada por esse Conselho, haja vista a inexistência de fatos a esclarecer.

O autuado volta a se manifestar fls. 173/212. Transcreve o teor de suas impugnações anteriores. Afirma que a informação fiscal trazida pelo autuante trata-se de duplicidade e que já foi juntada aos autos pelo mesmo fiscal em 10 de outubro de 2015. Requer o desentranhamento dos autos da referida informação fiscal.

O autuante toma ciência da última manifestação do autuado e mantém-se silente fls. 236.

Consta às fls. 238/239 extrato SIGAT/GCRED com recolhimentos realizados pelo usufruindo o benefício da Lei de Anistia.

Na sessão de julgamento, dia 22/03/2016, em sustentação oral, o patrono da autuada, atravessou petição fls. 242/247, nos termos a seguir delineados.

Diz que aderiu, na sua quase totalidade, os débitos cobrados neste processo, ao Programa Concilia BAHIA, nos termos da Lei estadual nº 13.449 de 21/10/2015 que estabeleceu programa de transação judicial e extrajudicial de créditos tributários.

Afirmou que realizou o recolhimento do crédito tributário em conformidade com o inciso I, parágrafo 3º, art. 3º da citada Lei, ou seja, 85% da redução da multa, para pagamento integral, à vista do débito. Informa que aderiu em 18/12/2015 ao Concilia Bahia, fazendo o recolhimento no valor de R\$65.155,50, conforme DAE de pagamento que anexa.

Invoca os ditames da Lei nº 13.461/2015 que reduziu o valor da multa exposta no inciso IX do art. 42 da Lei nº 7.014/96 de 10% para 1% com fundamento na alínea “c”, inciso II do art. 106 do CTN, retroatividade benigna.

Dessa forma pleiteia o reconhecimento do direito do impugnante ao crédito uma vez que fez pagamento a maior, e no momento da adesão ao Programa Concilia Bahia, em 18/12/2015, já vigia a Lei estadual nº 13.461/2015 que reduziu a multa da infração 02 do percentual de 10% para 1%, sendo esta redução desconsiderada para o cálculo da redução de 85% da multa estabelecida pela Lei Estadual nº 13.449/2015 que instituiu o Programa Concilia Bahia.

VOTO

Da análise das peças que compõem o presente processo, verifico que a autuação decorreu da falta de escrituração no livro Registro de Entradas de mercadoria(s) não tributáveis, infração 01, falta de escrituração no livro Registro de Entradas de mercadoria(s) sujeita(s) a tributação, infração 02, e multa pela falta de apresentação da DMA, no mês de outubro de 2014, infração 03.

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 e outros acatados pelo autuante 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.

Analisando esta argumentação considero que a exigência fiscal constante do presente lançamento está fundamentada em expressa disposição legal e nos livros e documentos fiscais apresentados pelo autuado, sendo que as infrações estão estritamente baseadas no RICMS/97, bem como na lei nº 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 o Autuante faz 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 Dec. 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, “b”, do RPAF/99, indefiro a solicitação de perícia contábil.

No mérito, as infrações 01 e 02, acusam o contribuinte, respectivamente, de ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis e sujeitas a tributação, sem o devido registro na

escrita fiscal, sendo aplicadas multas de 1% e 10%, sobre o valor comercial das mercadorias não escrituradas.

Em sua defesa, o autuado citou 02 notas fiscais que estariam registradas no livro de Entradas. Disse que as demais notas fiscais, no que diz respeito a infração 01, somam o valor de R\$7.955,18, relacionando-as. Afirmou que as notas fiscais referentes ao Convênio SUCOP, foram liquidadas por meio de Termo de Quitação e reconhecidas como efetivamente emitidas contra a Petrobrás, que por falha de seu sistema não foram registradas. Sustentou que as demais notas fiscais relacionadas são decorrentes de cancelamento pelo fornecedor, mercadorias não recebidas pela Petrobrás ou destinadas à outras filiais da empresa não situadas no Estado da Bahia e outros documentos fiscais ainda, por motivos diversos ensejaram a falta de registro das mesmas na EFD da Petrobras.

O autuado frisou ainda em sua defesa, não concordar com a obrigatoriedade de escriturar notas fiscais que se referem a transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, por entender que tais eventos pouco importa para a cadeia produtiva. Pediu a improcedência das infrações, no que se refere às operações entre estabelecimentos do mesmo contribuinte ou, que fosse reduzida a multa imputada, conforme disposições do §7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

O Autuante em informação fiscal, afirmou que para a infração 01, o próprio contribuinte reconheceu que as notas fiscais que foram quitadas por meio de quitação referente ao Convênio SUCOP não foram registradas. Quanto às demais notas fiscais arroladas nessa infração, disse que o defendente embora tenha se insurgido contra a exigência, não relacionou as supostas notas fiscais canceladas ou destinadas à outras filiais.

Disse que reexaminando os autos, traçou considerações sobre os ajustes realizados: a) excluiu as Notas Fiscais nºs 13987, 14024, 70, pois o contribuinte apresentou arquivo magnético (LRE 0236_NF 70_06-2014), à fl. 88, comprovando a escrituração das mesmas em outra filial; b) o autuado comprovou a escrituração da Nota Fiscal nº 75028, portanto, para a infração 01 remanesce o valor de R\$7.703,18.

Quanto à infração 2: a) o autuado comprovou a improcedência da acusação no que tange as Notas Fiscais nºs 1285 (Petrobrás FAFEN), nº 1226011 (BR Distribuidora) e nº 002 (Petrobrás RLAM), visto que foram canceladas, conforme consulta ao Portal da NF-e; b) as NF-e nºs 154559, 155065, 155058, 155063 e 1226006 (BR Distribuidora) o autuado comprovou tratar-se de operações que não se efetivaram; c) as de nºs 1228624 e 1226006 da BR Distribuidora referem-se a devoluções, portanto foram excluídas do levantamento fiscal; d) a Nota Fiscal nº 41.274 (Sulzer Brasil) foi escriturada no exercício seguinte, janeiro de 2015, portanto acolheu os argumentos defensivos quanto a esse item. Informou que realizou os ajustes necessários, elaborando novos demonstrativos em conformidade com as provas apresentadas.

Compulsando os autos, verifico que o autuante, ante os elementos apresentados pelo autuado, com o condão de elidir parte das infrações, realizou ajustes no levantamento fiscal que reduziu o valor originalmente cobrado na infração 01 que remanesce em R\$7.703,18, demonstrativo fl. 95 e R\$358.732,70 para a infração 02, conforme demonstrativo fls. 96/99.

Observo que as referidas multas são legais conforme norma prevista nos incisos IX e XI do art. 42 da Lei nº 7.014/96, não havendo qualquer ressalva quanto a origem, destinação ou natureza das operações quanto as mercadorias adquiridas. Dessa forma, acolho os novos demonstrativos elaborados pelo autuante e as infrações 01 e 02 estão parcialmente caracterizadas.

Importante registrar que com o advento da Lei Estadual nº 13.449/2015 que instituiu o Programa Concilia Bahia, o autuado aderiu ao citado Programa e usufruiu do benefício da redução de 85% dos valores das multas aplicadas nas infrações 01 e 02, reconhecendo como devidos os valores ajustados pelo autuante quando da informação fiscal conforme demonstrativos fls. 95 a 99, dando fim à lide existente sobre a matéria.

Entretanto, na sessão de julgamento, dia 22/03/2016, em sustentação oral, o patrono da autuada, atravessou petição fls. 242/247 pleiteando o reconhecimento do direito da impugnante ao crédito, uma vez que fez pagamento a maior, pois no momento da adesão ao Programa Concilia Bahia, em 18/12/2015, já vigia a Lei estadual nº 13.461/2015 que reduziu a multa da infração 02 do percentual de 10% para 1%, sendo que esta redução foi desconsiderada para o cálculo da redução de 85% da multa estabelecida pela Lei Estadual nº 13.449/2015 que instituiu o Programa Concilia Bahia.

Sobre a matéria, registro que foi publicada no D.O.E. de 11 dez 2015 a Lei nº 13.461 de 10/12/2015 que alterou a Lei nº 7.014 de 1996, no que diz respeito ao art. 42, que reduziu o valor da multa prevista no inciso IX de 10% para 1%, conforme transcrevo abaixo:

Art. 42. ...

...

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;

Considerando que a infração 02 trata de multa por descumprimento de obrigação acessória, e está enquadrada no inciso IX, do art. 42, acima transcrito, conforme a disposição prevista na alínea "c", inciso II do art. 106 do CTN, entendo que deverá ser aplicado ao caso concreto, *in verbis*:

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.

Nessa esteira, ao valor remanescente da infração 02, deve ser aplicada de ofício a multa de 1% sobre as notas fiscais que registram mercadorias tributáveis totalizando R\$35.873,27.

No que se refere à infração 03, acato documento apresentado pela defesa, portanto a mesma é insubsistente.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, com redução da multa aplicada na infração 02, devendo serem homologados os valores pagos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE**, o Auto de Infração nº **326297.0010/15-9**, lavrado contra **PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. – PETROBRÁS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$43.576,44**, prevista no artigo 42, incisos IX e XI, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de março de 2016.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR