

A. I. N° - 279196.0003/15-0
AUTUADO - PETRÓLEO BRASILEIRO S/A
AUTUANTES - RICARDO TABCHOURY DE BARROS SANTOS e JOSÉ FRANCISCO DOS SANTOS
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 06/06/2016

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0099-03/16

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% sobre o valor comercial das mercadorias que não estão sujeitas a tributação. Infração subsistente. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) FALTA DE ESTORNO. SAÍDAS SUBSEQUENTES EFETUADAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. Só é permitida a utilização do crédito na proporção das saídas tributadas. Infração subsistente. IMPOSTO DESTACADO A MAIS NO DOCUMENTO FISCAL. Autuado comprova a legitimidade dos créditos, acatado pelos autuantes Infração insubsistente. 3. DIFERIMENTO. RECEBIMENTO DE REFEIÇÕES PARA ALIMENTAÇÃO DE EMPREGADOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DIFERIDO. Refeitos os cálculos, o débito originalmente apurado ficou reduzido. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 17/06/2015, refere-se à exigência o crédito tributário no valor total de R\$2.240.538,81, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 16.01.02: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2013. O Contribuinte deixou de lançar em sua Escrituração Fiscal Digital – EFD, Notas Fiscais de entradas de mercadorias não tributáveis. Multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$145.946,04.

Infração 02 – 01.05.01: Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que, posteriormente, foram objeto de saídas com isenção do imposto, nos meses de janeiro a dezembro de 2013. Valor do débito: R\$1.939.365,99. Multa de 60%.

Infração 03 – 01.02.41: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a mais nos documentos fiscais, nos meses de março, abril, agosto a novembro de 2013. Valor do débito: R\$40.494,66. Multa de 60%

Infração 04 – 02.04.03: Falta de recolhimento do ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos funcionários do autuado, nos meses de janeiro a maio e agosto de 2013. Valor do débito: R\$114.732,12. Multa de 60%.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 65 a 96. Comenta sobre a tempestividade da defesa e diz que é uma sociedade de economia mista, sob controle da União com prazo de duração indeterminado, que se rege pelas normas da Lei das Sociedades por Ações (Lei n° 6.404, de 15 de dezembro de 1976). Tem como objeto a pesquisa, a lavra, a refinação, o processamento, o comércio e o transporte de petróleo proveniente de poço, de xisto ou de outras

rochas, de seus derivados, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, além das atividades vinculadas à energia, podendo promover a pesquisa, o desenvolvimento, a produção, o transporte, a distribuição e a comercialização de todas as formas de energia, bem como quaisquer outras atividades correlatas ou afins.

Suscita a nulidade do presente Auto de Infração, comentando sobre o princípio do devido processo legal, citando o art. 5º, LIV, CF. Salienta que a ampla defesa e o contraditório deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados de modo geral, como previsto expressamente do texto constitucional (art. 5º, LV). Afirma que no momento da lavratura do auto de infração também deve ser respeitado o contraditório e a ampla defesa. 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. Sem o conhecimento de todas as circunstâncias que levaram à autuação por parte da Autoridade, não é possível advogar a inocência do autuado.

Diz que na presente autuação, a Autoridade Fiscal compilou diversas supostas infrações fiscais em um único auto de infração, o que dificultou, sobremaneira, a apresentação da respectiva impugnação. Em razão da ampla gama de assuntos tratados, afirma que há dificuldade de compreender e ter conhecimento sobre todas as situações fáticas indicadas pelo Fisco. Frisa que são infrações de diversas naturezas, envolvendo diferentes discussões e abordagens jurídicas, que dificultam a apresentação da impugnação administrativa.

Menciona o art. 123 do RPAF/BA, e diz que no caso em debate, a Autoridade Fiscal procedeu ao lançamento de quatro exigências fiscais diferentes. Afirma que houve dificuldade de apresentação da respectiva defesa administrativa, porque se faz necessário estudo de quatro situações fáticas distintas, bem como a respectiva análise jurídica e o levantamento de toda documentação envolvida. Ressalta que, de forma indevida, foi limitado o seu direito a fruir do direito ao contraditório e ampla defesa, porque 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 é o caso de se proceder a anulação do auto de infração afirmando que houve nítida ofensa do direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa, pois foi limitado o direito à autuada de analisar os fatos e apresentar a respectiva impugnação.

Informa que após criteriosa análise e avaliação das infrações apontadas, reconheceu a procedência parcial do auto de infração, na seguinte forma:

- a) Reconheceu parcialmente e recolheu os valores referentes às infrações de nºs 02 e 04, nos valores respectivos de R\$ 1.122.611,29 (um milhão cento e vinte e dois mil, seiscentos e onze reais e vinte nove centavos) e R\$ 35.526,20 (trinta e cinco mil, quinhentos e vinte e seis reais, vinte centavos).
- b) Não reconheceu a procedência de parcelas das infrações de nºs 02 e 04, nos valores respectivos de R\$ 816.754,70 e R\$ 79.254,53).
- c) Não reconhece a integralidade das infrações de nº 01 e 03.

Também informa que antes da apresentação da impugnação, recolheu para o Estado da Bahia todo o montante correspondente aos valores autuados – total ou parcialmente reconhecidos, como acima referido, composto pelo valor principal do ICMS acrescido dos encargos legais, reservando-se para juntar o respectivo DAE e comprovante bancário dentro de 5 dias úteis.

Lembra que o vencimento do débito ocorre no mesmo dia do prazo final para apresentação da impugnação e faz-se necessária a realização da compensação bancária, bem como a remessa do respectivo comprovante de pagamento pelo órgão interno responsável por realizar tal recolhimento, algo que requer um maior lapso temporal. Diante do que se requer a concessão de prazo de dez dias para juntada dos referidos comprovantes de pagamento.

Requer que os valores já recolhidos, a partir do momento em que haja a juntada dos comprovantes, sejam homologados pela decisão administrativa a ser proferida pela Junta de Julgamento Fiscal do Conselho Estadual de Fazenda deste Estado, extinguindo-se o respectivo crédito fiscal, nos termos do art. 156, inciso I, do Código Tributário Nacional.

Quanto às demais infrações, passa a impugnar uma a uma nos termos seguintes, sempre prejuízo dos argumentos preliminares adiante expostos.

Informa que a parcela da infração 04, reconhecida como procedente é composta de ICMS diferido inerente à Nota Fiscal 1053 (devido e não recolhido oportunamente no valor de R\$ 48,61) e da diferença entre a aplicação das alíquotas de 3% pela Petrobras e de 4% indicada pela fiscalização.

Esclarece que aplicou a alíquota de 3% conforme o Decreto 14.187/2012, no entanto o fez sem apresentar o Termo de Acordo necessário para a redução da alíquota, conforme legislação que reproduziu.

Afirma que a indicação para pagamento se refere à diferença do ICMS relativo às notas fiscais elencadas na planilha “Infração 4 – Análise” (letra “d”) no valor de valor de R\$ 35.477,59 decorrente da diferença entre a aplicação das alíquotas de 3% pela Petrobras e de 4% pela fiscalização. Diz que o resumo da defesa seguirá conforme indicados os valores na tabela que elaborou.

Quanto à infração 01, alega que antes mesmo da lavratura do auto de infração, atendendo a intimação da SEFAZ/BA feita em 27/04/2015 apresentou justificativa para não identificação e escrituração do registro de notas fiscais eletrônicas do exercício de 2013. Quando do atendimento da intimação referida, já foi identificada e apresentada a escrituração de diversas notas fiscais, bem como solicitado ao fisco a exclusão de notas fiscais canceladas pelo próprio emitente do documento fiscal, conforme Carta TRIBUTARIO/RE/NNE/CO-III 0302/2015 (anexa).

Informa que as notas fiscais relacionadas se referem a situações em que ou as mercadorias não foram recebidas pela Petrobras ou foram destinadas a outras filiais da Petrobras não situadas no Estado da Bahia, ou, ainda, a notas fiscais de prestação de serviço ou outras situações que possam ter ensejado a falta de registro das mesmas na Escrituração Fiscal Digital - EFD da FAFEN

Para as notas acima referidas, o defendente, conforme já mencionado em preliminar acima, não conseguiu a tempo do prazo de defesa localizar sua escrituração, isso em função do número considerável de documentos que devem ser localizados e analisados. E não somente em função do número de infrações, mas também porque cada uma envolve complexidade significativa, impondo a movimentação e envolvimento de várias unidades da Cia, demandando assim enorme dificuldade em se obter informações para comprovar a legitimidade da autuação no prazo da defesa.

Ressalta que nada obstante os argumentos já expostos em preliminar, cujo conteúdo retrata a situação de cerceamento ao direito de defesa e consequente nulidade, o procedimento costumeiro que vem sendo adotado pela Fiscalização da SEFAZ-BA denota exigências que ultrapassam a razoabilidade, e por que não dizer a própria legalidade. Isso porque nas autuações o Fisco cobra do contribuinte todas as notas fiscais sem fazer nenhum filtro junto aos fornecedores, deixando um ônus (sem base legal de exigência) para contribuinte.

Lembra que a Fiscalização possui sistema eletrônico de notas fiscais, havendo mecanismos que possibilitam pesquisar, confrontar, filtrar, duvidar para então concluir. Todavia, acabam deslocando para o Contribuinte o exercício destas ações, implicando numa busca desarrazoada (e distante de fundamentação legal) de uma imensidão de documentos sem um norte sequer, para assim, de algum modo, acabar por fazer uma atividade que caberia à própria Fiscalização.

Também observa que a própria Fiscalização dentro da competência legal que lhe é atribuída está em identificar quais notas fiscais que não entraram no destino, voltaram através de uma nota fiscal de entrada para o fornecedor. Noutra vertente, e que acaba por somatizar a situação do

defendente, existe o fato de que está envolvido em inúmeros negócios, e, portanto, centenas de fornecedores. Tais situações não de culminar na improcedência da infração, com consequente afastamento da cobrança.

Reproduz o artigo 155, inciso II, da Constituição Federal e diz que, entre as operações jurídicas que dão azo à cobrança de ICMS, destaca-se a compra e venda mercantil, hoje conceituada pelo novo Código Civil nos termos do art. 481, que reproduziu.

Comenta que um contrato mercantil completa-se com a obrigação do vendedor de transferir o domínio de certa mercadoria ao comprador, e com a recíproca deste a pagar-lhe o preço em dinheiro. Apresenta o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no Resp. 953.011/PR, Ministro Relator Castro Meira, em relação ao cancelamento da venda. Diz que as operações canceladas ou de devolução de mercadorias não constituem fatos geradores do ICMS, por isso, 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.

Informa que identificou várias notas que possuem status de cancelada pelo fornecedor, no entanto, em razão da multiplicidade de documentos a serem identificados e levantados, não conseguiu, dentro do prazo de defesa, obter cópias das notas fiscais de entrada e ou cópia das páginas do livro de Registro de Saídas – que seria a comprovação inquestionável do cancelamento das NF de saída do fornecedor.

Afirma 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. 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 a regra matriz do ICMS exige atenção para o conteúdo do art. 155, inciso II, da Constituição Federal, aparentemente desprezado por parte do fisco. É esta regra que traz a referência aos critérios, aspectos, elementos ou dados identificativos do tributo (Operação, Circulação, Mercadoria), com a descrição normativa de um evento que, concretizado no nível das realidades materiais, fará irromper o vínculo abstrato que o legislador estipulou na consequência.

Reproduz o art. 114 do CTN e afirma que em relação ao ICMS, a situação definida em lei como necessária e suficiente, a constituir a hipótese de incidência do tributo, necessita, concomitantemente, dos seguintes elementos: a) Operação (vale dizer, negócio jurídico); b) Circulação (ou seja, transferência de titularidade do bem); c) Mercadoria (isto é, ato de mercancia, com fito de lucro).

Apresenta comentários, citando ensinamentos de mestres do Direito Tributário, para o mais escorreito e completo entendimento de tais elementos. Entende 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, e que não se pode falar em ato de comércio, tampouco há que se falar em mercadoria.

Ressalta 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. O imposto em tela incide sobre operações com mercadorias e não sobre a simples “movimentação” de mercadorias. Somente a passagem de mercadoria de um titular para outro, por força da prática de um negócio jurídico, é que abre espaço à tributação por meio de ICMS. Sobre o tema reproduz ensinamentos de Geraldo Ataliba e José Eduardo Soares de Melo e o entendimento da jurisprudência pátria, conforme as transcrições efetuadas nas razões de defesa.

Entende 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 escoreita 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.

Repete a alegação de que a doutrina e a jurisprudência mencionam que a transferência de produtos entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica não constitui a hipótese de incidência prevista pela Constituição Federal em relação ao ICMS. Diz que no julgamento pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal no processo administrativo fiscal nº 269139.0003/10-0, o CONSEF reduziu a penalidade, por se tratar de operações de circulação de mercadoria apenas para armazém geral. Reproduz a ementa.

O impugnante requer seja julgada improcedente a infração 1, 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.

Ressalta, ainda, que o art. 217 do RICMS/BA informa acerca da destinação à escrituração do livro Registro de Entradas, ao passo que o art. 247 indica o que constitui a Escrituração Fiscal Digital. Portanto, tratar-se-á, no máximo de obrigação acessória, situação para a qual se impõe a redução da multa.

Infração 02: Alega que a fiscalização efetuou cálculo do estorno do crédito utilizando a metodologia a seguir, constante no "Anexo II" do Auto de Infração, e que é questionável:

Estorno Exigível = Quantidade (Saídas) x Valor Unitário de Aquisição (extraído do inventário escriturado pelo contribuinte) x 70% (percentual de tributação do produto adquirido em operações interestaduais) x 12% (alíquota do ICMS nas operações interestaduais)

Com base nessa operação, a Fiscalização encontrou o valor de créditos a estornar no montante de R\$1.939.365,99. Ou seja, para encontrar o valor exigido para estorno em referido montante, a Fiscalização utilizou como base de cálculo o número total de saídas tributadas de amônia anidra, multiplicado pelo valor unitário de aquisição (extraído do inventário escriturado pelo contribuinte). Por sua vez, sobre esta base de cálculo aplicou uma redução de 30% e, após, fez incidir uma alíquota de 12% devida nas operações interestaduais.

Alega que escriturou corretamente o crédito de R\$ 1.122.611,29, conforme se verifica no arquivo "Entradas Amônia" onde constam todas as entradas deste produto e o seu respectivo crédito fiscal de ICMS escriturado. O referido valor, como informado em preliminar, foi indicado para pagamento haja vista ter o Contribuinte identificado que o estabelecimento autuado deveria ter procedido ao estorno do valor acima, pois promovera saídas subsequentes isentas e com redução na base de cálculo.

Afirma que o levantamento do valor a ser pago foi efetuado pelo defendente por meio da proporção entre os créditos das notas fiscais escrituradas no livro Registro de Entradas do estabelecimento no período autuado e as notas fiscais de saídas isentas e com redução de base de cálculo, tudo conforme planilha anexada.

No que tange às diferenças, qual seja ao valor de R\$ 814.515,37, diz que não prospera a autuação fiscal em razão dos argumentos adiante.

Primeiro, afirma que inexistente lógica no levantamento dos créditos a serem estornados, realizado pela Fiscalização, pois se verifica que a fiscalização tem condições de levantar o crédito real do ICMS tomado pelo contribuinte referente às entradas da amônia anidra fertilizante, conforme foi apurado para a infração 03, e estampado na planilha "Anexo III" do próprio Auto de Infração. Ao invés de fazer conferência nota a nota, a Fiscalização, sem apoio legal para tanto, preferiu fazer uma ponderação das saídas com base no estoque.

Segundo, defende o impugnante que o valor do crédito a ser estornado não pode ser superior ao efetivo crédito lançado no Livro Registro de Entradas quando da entrada desse produto na FAFEN.

Além disso, entende que se deve considerar que o Contribuinte escriturou todas as notas indicadas na infração 02, e que para estas realizou saídas internas isentas e saídas interestaduais com redução de base de cálculo quando do cálculo do estorno de crédito. Lembra que nas saídas com redução de base de cálculo o estorno deve ser proporcional, conforme art. 100, inciso II do RICMS/BA, Decreto 6.284/97 e art. 312, parágrafo 1º do RICMS/BA, Decreto 13.780/02.

Entende que não pode lograr êxito a autuação no valor remanescente de R\$ 816.754,70, tanto por não haver base legal na metodologia utilizada pela Fiscalização, quanto porque no que tange às notas escrituradas, estas envolvem saídas subsequentes isentas e com redução na base de cálculo, a respeito de que o estorno foi objeto de pagamento.

Infração 03: Alega que improcede esta infração, porque não houve o crédito a maior nas operações de entrada relativas às transferências interestaduais de amônia anidra fertilizante da filial Petrobras localizada no Estado do Sergipe (CNPJ 33.000.167/1123-33) para a filial Petrobras localizada no Estado da Bahia (CNPJ 33.000.167/1122-52).

Diz que a legislação sergipana, da mesma forma que a legislação baiana, prevê redução da base de cálculo em 30%, conforme art. 39, anexo III, item 6, inciso III do Decreto 21.400/2002 (RICMS/SE) e, da mesma forma, o Convênio 100/1997 trata do assunto:

Diz que a Fiscalização utilizou o valor total dos produtos (destacado na nota fiscal e já com o desconto do imposto relativo ao benefício) como base para aplicação da redução da base de cálculo (30%) e a partir daí calculou o ICMS à alíquota de 12%, conforme demonstrativo que elaborou (exemplo para a nota fiscal 87899).

Alega que o valor do produto considerado no cálculo da fiscalização (R\$ 24.225,28) já contempla o desconto do ICMS relativo ao benefício. Para se chegar ao valor total do produto (sem o desconto do ICMS relativo ao benefício), deve-se dividir a base de cálculo constante na nota fiscal (R\$ 17.590,97) pelo percentual que deve ser tributado (a redução é de 30%, portanto o percentual tributado é de 70%). Desta forma, se obtém o valor total do produto antes da redução da base de cálculo ($R\$ 17.590,97 / 0,70 = R\$ 25.129,95$). A partir daí é que deve ser calculada a base de cálculo contemplando a redução prevista na legislação (30%) e descontar o ICMS relativo ao benefício (R\$ 904,68) do total da nota fiscal, conforme demonstrativo (exemplo para a nota fiscal 87899).

Entende que o Convênio 100/97 não permite aplicação de cálculos divergentes entre os signatários. Porém, caso o entendimento do Fisco baiano prevaleça, tendo em vista que a FAFEN/BA adota a mesma forma de cálculo do ICMS utilizada no estabelecimento de Sergipe, todas as operações interestaduais efetuadas nos últimos cinco anos no Estado da Bahia ao abrigo do Convênio podem se tornar objeto de repetição de indébito.

Para corroborar com a defesa neste sentido, junta ao presente PAF o entendimento de outros fiscos estaduais que demonstram o mesmo modelo de cálculo efetuado pela Petrobras:

1. Minas Gerais, Conselho de Contribuintes, Acórdão 15.989/03/1ª, publicado no Diário Oficial em 28/02/2003 (anexo).
2. Rondônia, Secretaria de Estado de Finanças, Parecer nº 258/2003/GETRI/CRE/SEFIN.
3. São Paulo, resposta à Consulta nº 459/1998, de 30/11/2001.
4. Paraná, SEFA-CRE, Consulta nº 29, de 09/04/2007.

Infração 04: Como já colocado inicialmente, o Contribuinte reconheceu e recolheu parte do valor desta infração, passando a impugnar o valor remanescente de R\$ 79.254,53 em razão dos fundamentos a seguir resumidos.

Informa que os seguintes recolhimentos não foram considerados pela fiscalização (comprovantes em anexo):

1. Valor de R\$ 507,33, incluso no comprovante de R\$ 14.771,06, conforme detalhamento em anexo, recolhido em 28/12/2012 (NF 978);
2. Valor de R\$ 15.905,72, recolhido em 31/01/2013 (NFs 1018, 1021, 1023, 1020, 1015 e 1017);
3. Valor de R\$ 50.826,30, recolhido em 28/06/2013 (NFs 10875, 10874, 10840, 10842, 10844 e 10839).

Alega que não prospera o auto de infração no que tange ao valor de R\$ 79.254,53, relativo ao ICMS autuado das notas fiscais elencadas na planilha "Infração 4 - Análise" (cujas notas fiscais estão acima elencadas), pois os recolhimentos não foram considerados pela fiscalização. Para as demais notas fiscais elencadas na planilha "Infração 4 - Análise" não houve recolhimento de ICMS diferido alimentação, pois não se trata de REFEIÇÕES e sim de FORNECIMENTO DE OUTROS ALIMENTOS, sujeitos à tributação normal ou substituição tributária (cujo ICMS autuado relativo a essas notas fiscais atinge o valor total de R\$ 9.741,34).

Alternativamente, acaso essa Junta de Julgamento Fiscal entenda que subsiste a Infração 01 ou parcelas desta, a despeito de todos os argumentos de defesa acima expendidos no que se referem à nulidade e à improcedência das infrações, o impugnante discorda contudo, do enquadramento legal utilizado pelo Fisco para dar suporte à multa aplicada.

Argumenta que essa conduta de "*não escrituração no Livro de Registro de Entrada*" consubstanciaria mero descumprimento de obrigação acessória (fato que estaria tipificado/apenado no art. 42, XV, "d" da Lei nº 7.014/96, reproduzido literalmente pelo art. 915, XV, "d" do RICMS/BA) e não no art. 42, IX e XI da referida Lei, sendo imperioso frisar que inexistiu, em ambas as situações, 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.

Entende 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 aos arts. 217 e 247 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 e XI, como desarrazoadamente pretende a fiscalização.

Para as infrações 02 e 03 houve aplicação de multa de 60% do valor do crédito fiscal, prevista no art. 42, VII, letras "a" (para infração 03) e letra "b" (para infração 02), ambos da Lei 7014/96, sendo que conforme demonstrado acima, sequer há fato gerador para ambas as infrações, seja porque ilegal a metodologia de cálculo adotada (dentre outros argumentos) seja porque não existiu o crédito a maior nas operações de entrada de amônia fertilizante da filial localizada em Sergipe para a filiar localizada na Bahia.

Também para a infração 04, foi estipulada multa de 60% (art. 42, II, f), sendo para a infração 01 estipulada multa prevista no art. 42, XI, todos da Lei 7.014/96.

Acaso sejam superadas as questões de mérito aduzidas acima, o defendente pede que seja reconhecido o caráter confiscatório das multas tipificadas nos dispositivos legais citados ante a fronta, por inconstitucionalidade direta, a dispositivo constitucional pético como garantia do contribuinte, enquanto limitação ao poder de tributar (art. 150, inc. IV, da Constituição Federal). Sobre o tema reproduz ensinamentos do Prof. José Orlando Rocha de Carvalho e Marco Antônio Piazza Pfitschier, Samuel Monteiro.

Afirma que a presensão fiscal extrapola o limite constante da Lei nacional heteronomamente recepcionada como complementar, o que requer seja reconhecido.

Acrescenta que não praticou nenhuma das condutas previstas no art. 42, e incisos, da Lei 7.014/96 do Estado da Bahia, sendo o caso da indicada multa também ser julgada improcedente.

Transcreve o art. 2º, § 1º do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF) e diz que de acordo com o art. 150, II do mencionado Regulamento, a perícia fiscal, que requer, se constitui na realização de vistoria ou exame de caráter técnico e especializado, determinada pela autoridade competente a fim de se esclarecerem ou se evidenciarem certos fatos, a ser efetuada por pessoa que tenha reconhecida habilidade ou experiência técnica na matéria questionada, o qual oferecerá afinal sua opinião, em face dos quesitos formulados.

Neste caso, com base no art. 145 do RPAF, o defendente afirma que, diante da complexidade da matéria e da situação fática apresentada na irregularidade 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. Indica como seu Assistente Técnico o Contador Luiz Cláudio Van Der Maas de Azevedo – CPF 042.977.197-54, empregado do autuado, com endereço na Rua Soares Cabral 80, Ap. 101, Laranjeiras, Rio de Janeiro-RJ.

Por tudo o quanto exposto, requer sejam acolhidas as preliminares argüidas; a produção de todos os meios de prova admitidos pelo direito, em especial a produção de pericial contábil e técnica; a concessão de oportunidade para se manifestar sobre as Informações Fiscais, nos termos do art. 127, §7º, do RPAF/BA;

Pede a concessão de prazo, em prazo mínimo de dez dias, para juntada das cópias dos comprovantes de pagamento dos valores reconhecidos, com consequente homologação por decisão administrativa a ser proferida pela Junta de Julgamento Fiscal do Conselho Estadual de Fazenda deste Estado, extinguindo-se o respectivo crédito fiscal, nos termos do art. 156, inciso I, do Código Tributário Nacional.

Finalmente, requer seja julgada improcedente a autuação, assegurando que não houve qualquer descumprimento da legislação tributária, pleiteando ainda o afastamento da multa aplicada.

Os autuantes prestam informação fiscal às fls. 316 a 321 dos autos. Reproduzem os itens do Auto de Infração e apresentam uma síntese das alegações defensivas. Apresentam o entendimento de que não deve prosperar a tese do autuado de que o fato de um mesmo auto de infração contemplar mais de uma infração acarretaria cerceamento de direito de defesa. Pugnam pela validade jurídica do auto de infração em seu aspecto formal.

No mérito, quanto à infração 01, dizem que o autuado não foi capaz de apontar uma única nota fiscal que não devesse figurar no demonstrativo da infração em comento, pugnam pela procedência total desta infração.

Infração 02: Ressaltam que embora o autuado tenha afirmado não encontrar lógica no levantamento fiscal, afirmam que se trata de procedimento simples e lógico, que tem como objetivo estornar exatamente o valor do crédito de todas as quantidades de mercadoria que foram objeto de saída com isenção.

Em relação ao procedimento que pretende fazer valer o autuado, afirmam que uma primeira análise, poderia ser visto como algo desprovido de lógica, mas os autuantes asseguram que o mesmo tem uma lógica muito clara, e é uma lógica que pretende lesar o Erário em benefício do patrimônio do contribuinte.

Informam que os cálculos realizados pela fiscalização foram extremamente simples e objetivos, e se resumem no seguinte raciocínio lógico: “se certa quantidade de amônia é revendida com isenção de ICMS, todo o crédito que essa exata quantidade de amônia gerou ao entrar no estabelecimento precisa ser estornado. Não são admitidos artifícios como estorno parcial nem estorno limitado a qualquer parâmetro”.

Afirmam que não importa se a mercadoria entrou no mesmo mês em que saiu, se entrou em mês anterior ao da saída ou mesmo em exercício anterior ao da saída. O que é importante ter em mente é que, em algum momento anterior (não importa quão anterior foi esse momento), a entrada dessa mercadoria conferiu crédito ao contribuinte.

Esclarecem que multiplicaram as quantidades da mercadoria que tiveram saídas isentas pelo valor unitário de aquisição, encontrando o valor de aquisição de tal quantidade, o que ainda foi multiplicado por 70% (devido à redução de base de cálculo em 30%) e por 12% (que é a alíquota interestadual de SE para a BA).

Resumem afirmando que o estorno exigível é exatamente Quantidade Saída com Isenção x Valor Unitário de Aquisição x 70% x 12%, tal qual figura na última coluna do Anexo II, utilizando somente conceitos matemáticos de ensino fundamental.

Dizem que o autuado quer impor um procedimento que, a olhos descuidados, poderia parecer apenas desprovido de lógica. Entretanto, um olhar mais atento percebe que existe uma lógica clara em tal procedimento. Em verdade, ele só é desprovido de legalidade e de justiça fiscal.

Salientam que se verifica na planilha intitulada Estorno 2013 (fl. 239 do presente processo), que o autuado pretende calcular o estorno exigível em cada mês a partir do produto de dois fatores:

- a) o primeiro fator seria um índice (que ela chamou de IEC), calculado pela razão entre as saídas isentas e o total de saídas do mês (antepenúltima linha da referida planilha);
- b) o segundo fator seria o total de créditos daquele mês relativamente às entradas de amônia (terceira linha da mesma planilha).

Afirmam que a lógica até existe em tal raciocínio: a lógica de lesar o Erário; o que não existe no mesmo é qualquer conexão com a realidade tributaria das operações do contribuinte. Por essa lógica do autuado, ele conseguiria revender para sempre com isenção e não estornar um centavo sequer dos créditos auferidos nas entradas. Segundo ele, o valor estornável igual ao produto de dois fatores, basta administrar para que sempre um desses fatores seja zero.

Dizem que o exemplo ilustrativo abaixo, em que o contribuinte receba amônia sem revendê-la nos meses ímpares e, nos meses pares, apenas revenda com isenção toda essa amônia sem receber qualquer nova quantidade. Indicam os resultados a seguir:

1. No mês 1, certa quantidade de amônia foi recebida, gerando crédito na terceira linha da planilha da autuada. Mas, como nada foi vendido com isenção dentro do mês, o IEC calculado (antepenúltima linha da planilha) é zero. Consequentemente, nenhum crédito seria estornado no mês;
2. No mês 2, o contribuinte toma o cuidado de não adquirir nenhuma amônia, garantindo que seja zero o valor do crédito pelas entradas de amônia do mês (terceira linha da planilha de defesa). Em contrapartida, revende com isenção toda a amônia que possuir em estoque (adquirida no mês anterior). Desta vez, o IEC vai dar 100%, mas, como o crédito da terceira linha é zero, o resultado da multiplicação será zero, garantindo que o contribuinte não precisaria estornar nada novamente;
3. No mês 3, basta repetir as operações do mês 1 e não estornar ICMS algum;
4. No mês 4, basta repetir as operações do mês 2 e não estornar ICMS algum.

5. E assim por diante, repetindo as operações do primeiro mês em todos os meses ímpares e repetindo as operações do segundo mês para todos os meses pares.

Dizem que não é concebível que um procedimento criado à margem da lei, por mais criativo que seja, possa ser usado para lesar o Erário da maneira como pretende o autuado. Por ser líquido e certo que, nas saídas com isenção, o crédito na entrada de toda aquela quantidade (nem mais nem menos) que ora sai com isenção deve ser estornado, pedem a procedência da infração 02.

Infração 03: Informam que acolhem integralmente a tese defensiva, motivo pelo qual pugnam pela improcedência desta infração.

Infração 04: Dizem que o autuado, reconhece parcialmente a infração em lide e recolhe o valor de R\$35.477,59. Entretanto, com base nos demonstrativos e comprovantes de pagamento apresentados pelo defendente, acatados pelos autuantes, o valor a ser recolhido deveria ser de R\$ 37.751,42 (trinta e sete mil, setecentos e cinquenta e um reais e quarenta e dois centavos), que corresponde a R\$ 37.702,81, (referente a diferença da aplicação das alíquotas utilizadas na apuração do imposto pela fiscalização (com alíquota de 4%) e o autuado (alíquota de 3%); mais R\$ 48,61 não pagos, relativos à nota fiscal nº1053, conforme pode ser comprovado nas fls. 278 a 282 do presente processo. Resta assim, o pagamento de R\$ 2.273,83 (= 37.751,42 – 35.477,59) (dois mil, duzentos e setenta e três reais e oitenta e três centavos).

Por fim, reafirmam que a defesa 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 foram acolhidas as alegações do autuado), pedem a procedência parcial do presente Auto de Infração, com manutenção, na íntegra, das infrações 01 e 02; com julgamento pela improcedência da infração 03; e com redução da infração 04 de R\$114.732,12 para R\$37.751,42, dos quais R\$35.477,59 já foram recolhidos, faltando recolher R\$ 2.273,83. Concluem que na informação fiscal, não foram aduzidos fatos novos nem foram anexados aos autos novos demonstrativos ou levantamentos,

À fl. 327 esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência à Infaz de origem para intimar o defendente e lhe fornecer cópia da informação fiscal às fls. 316 a 321 e do encaminhamento de diligência, com a indicação do prazo de dez dias para o mesmo se manifestar, sobre os elementos a ele fornecidos, e comprovar a escrituração dos documentos fiscais constantes na infração 01, considerando a alegação defensiva de que não conseguiu, no prazo de defesa, localizar a mencionada escrituração.

Sendo apresentada nova manifestação pelo autuado, foi solicitado que o autuante tomasse conhecimento, e prestasse nova informação fiscal acerca das alegações do contribuinte.

Conforme fls. 329/330 o defendente foi intimado, com a concessão do prazo de dez dias para se manifestar. Decorrido o prazo concedido, não foi apresentado qualquer manifestação.

Na sessão de julgamento do dia 17/05/2016, o contribuinte, por intermédio de seu advogado, comentou sobre a última intimação efetuada, e que fosse designada nova data de julgamento, diante do manifesto interesse em apresentar novos documentos comprobatórios das alegações defensivas. Assim, esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal deliberou pelo adiamento do julgamento, para ser incluído na pauta da sessão seguinte, independentemente de nova publicação, nos termos dos artigos 66 e 67 do Regimento Interno do CONSEF.

O defendente apresentou petição informando que aderiu ao Programa Concilia Bahia incluindo, na sua quase totalidade, os débitos cobrados no presente Auto de Infração. Reproduziu os termos da Lei Estadual nº 13.449 de 21/10/2015 e disse que efetuou o recolhimento no valor total de R\$19.400,99, conforme DAE e comprovante de pagamento anexo.

Nova petição foi protocolada em 17/05/2016, dizendo que o valor pago no programa Concilia Bahia, referente à infração 01, não foi de R\$19.400,99, como anteriormente informado na petição anterior, mas sim de R\$27.551,23.

Quanto à infração 02, requereu a juntada de tabela de saída de amônia, conforme arquivo em formato Excell.

No tocante à infração 04, diz que a diferença entre o valor autuado e o valor pago nas competências 01 e 02 de 2013 é de R\$2.273,83 e que reconheceu e pagou o valor autuado para essas competências.

Solicitou a juntada do comprovante de pagamento do valor reconhecido referente à infração 01, mediante adesão ao Concilia Bahia e requereu a concessão do prazo de dez dias para se manifestar sobre a informação fiscal, pedindo que intimação ou notificação seja endereçada à Avenida Antônio Carlos Magalhães, nº 1.113, 2º andar, sala 203, CEP 41.856-900, Salvador – Bahia, sede do Jurídico do impugnante no Estado da Bahia.

VOTO

O defendente suscitou a nulidade do presente lançamento, alegando que a Autoridade Fiscal compilou diversas infrações fiscais em um único auto de infração, o que dificultou, sobremaneira, a apresentação da respectiva impugnação. Afirmou que há dificuldade de compreender e ter conhecimento sobre todas as situações fáticas indicadas pelo Fisco e que são infrações de diversas naturezas, envolvendo diferentes discussões e abordagens jurídicas, que dificultam a apresentação da impugnação administrativa.

Não acato a alegação defensiva, considerando que foram indicadas neste Auto de Infração apenas quatro infrações, inexistindo dificuldade para compreensão dos fatos. Sobre a metodologia aplicada na apuração do imposto exigido no presente Auto de Infração, os demonstrativos dos autuantes são compreensíveis, indicam os dados relativos aos documentos fiscais objeto da autuação e os valores exigidos. O autuado entendeu os cálculos, se defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal, citando parcelas que entende serem computadas com inconsistências, se referindo ao levantamento fiscal e recolheu o valor que entendeu ser devido.

O defendente também alegou ausência de especificação/indicação dos dispositivos legais correspondentes à conduta que praticou, considerada pelo Fisco como infracional.

Também não acato a alegação defensiva, haja vista que foi indicado no campo próprio do Auto de Infração o enquadramento legal das irregularidades apuradas, constando os artigos da Lei 7.014/96 e RICMS-BA/2012, Decreto 13.780/2012, estando os mencionados dispositivos em conformidade com as matérias tratadas na autuação fiscal. Ademais, não implica nulidade da autuação caso exista erro de indicação de dispositivo regulamentar, tendo em vista que, pela descrição dos fatos ficou evidente o enquadramento legal.

O autuado afirmou que no momento da lavratura do auto de infração também deve ser respeitado o contraditório e a ampla defesa. Alegou 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 o autuado compreender e ter conhecimento sobre todas as situações fáticas indicadas pelo Fisco.

Quanto a esta alegação, observo que durante o procedimento fiscal não há previsão para o contraditório, haja vista que nesta fase a atividade principal é a verificação do cumprimento de obrigações tributárias e, sendo constatadas irregularidades é que se lavra o Auto de Infração. Ou seja, o procedimento fiscal visa apurar a correta aplicação da legislação, podendo resultar ou não em constituição de crédito tributário.

Por outro lado, no processo administrativo fiscal é que se deve adotar o princípio do contraditório, considerando que de acordo com o art. 121, inciso I do RPAF/BA, instaura-se o processo administrativo fiscal para solução de litígios entre o fisco e o contribuinte, quando da

apresentação da defesa, por escrito, impugnando o lançamento do crédito tributário efetuado mediante Auto de Infração. Portanto, não há previsão regulamentar para intimar o contribuinte a prestar esclarecimentos antes da lavratura do Auto de Infração.

Rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. O presente PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de perícia, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso II, do RPAF/99, tendo em vista que a prova pretendida não depende do conhecimento especial de técnicos, sendo desnecessária em vista de outras provas produzidas nos autos.

No mérito, a infração 01 trata da entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2013. O Contribuinte deixou de lançar em sua Escrituração Fiscal Digital – EFD, Notas Fiscais de entradas de mercadorias não tributáveis. Multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$145.946,04.

O defendente alegou que as notas fiscais relacionadas se referem a situações em que ou as mercadorias não foram recebidas pela Petrobras ou foram destinadas à outras filiais da Petrobras não situadas no Estado da Bahia, ou, ainda, a notas fiscais de prestação de serviço ou outras situações que possam ter ensejado a falta de registro das mesmas na Escrituração Fiscal Digital - EFD da FAFEN.

Afirmou que em razão da multiplicidade de documentos a serem identificados e levantados não conseguiu, dentro do prazo de defesa, obter cópias das notas fiscais alegadas, que constituiriam provas inquestionáveis. Entretanto, não apresentou as mencionadas provas.

Na informação fiscal, os autuantes dizem que o defendente não foi capaz de apontar uma única nota fiscal que não devesse figurar no demonstrativo da infração em comento.

Também foi alegado nas razões de defesa 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. Ela pouco importa para a cadeia produtiva, pelo que inclusive a não-incidência do ICMS não possui relevância jurídica.

O autuado apresentou o entendimento de que a simples saída de mercadoria do estabelecimento do contribuinte não é hipótese de incidência do ICMS, como pretendem alguns Estados. Requereu a improcedência desta infração 1, no que se refere às operações entre estabelecimentos do mesmo contribuinte ou, alternativamente, a redução da multa imputada nos termos do § 7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

As transferências de mercadorias são as saídas de mercadorias existentes no estoque do estabelecimento remetente para o estoque de outro estabelecimento pertencente ao mesmo titular. No caso de transferência de bens entre estabelecimentos do mesmo titular, em princípio, não caracteriza uma operação e não há pagamento nem recebimento de numerário. Entretanto, no âmbito do ICMS foi estabelecida a regra de que os estabelecimentos são autônomos, ou seja, para efeito da legislação tributária é autônomo cada estabelecimento do mesmo titular. A teoria da autonomia dos estabelecimentos tem por fundamento o art. 11, § 3º, II da Lei Complementar 87/96. Portanto, não acato a alegação defensiva, considerando a autonomia dos estabelecimentos, nas transferências entre estabelecimentos do mesmo titular, em que se verifica a ocorrência do fato gerador do ICMS.

Também não acato a alegação defensiva quanto à redução da multa, considerando que a falta de escrituração ou lançamento de notas fiscais de forma incompleta em livros fiscais impede a realização de auditorias fiscais, não permitindo apurar se o imposto recolhido pelo contribuinte corresponde ao efetivo movimento de mercadorias e serviços com incidência do ICMS. Ou seja, a falta de escrituração de notas fiscais causa dificuldades para a fiscalização desenvolver procedimentos fiscais, por isso é aplicada multa conforme estabelece o art. 42, inciso XI, da Lei 7.014/96, haja vista que interessa ao Estado manter o controle das entradas de mercadorias e prestações realizadas, e a falta de escrituração dos documentos fiscais impede o mencionado controle. Mantida a exigência fiscal.

Infração 02: Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que, posteriormente, foram objeto de saídas com isenção do imposto, nos meses de janeiro a dezembro de 2013.

O defendente alegou que a Fiscalização encontrou o valor de créditos a estornar no montante de R\$1.939.365,99. Ou seja, para encontrar o valor exigido para estorno em referido montante, a Fiscalização utilizou como base de cálculo o número total de saídas tributadas de amônia anidra, multiplicado pelo valor unitário de aquisição (extraído do inventário escriturado pelo contribuinte). Por sua vez, sobre esta base de cálculo aplicou uma redução de 30% e, após, fez incidir uma alíquota de 12% devida nas operações interestaduais.

Disse que escriturou corretamente o crédito de R\$ 1.122.611,29, conforme se verifica no arquivo "Entradas Amônia" onde constam todas as entradas deste produto e o seu respectivo crédito fiscal de ICMS escriturado. Referido valor, como informado em preliminar, foi indicado para pagamento, haja vista ter o Contribuinte identificado que o estabelecimento autuado deveria ter procedido ao estorno do valor acima, pois promovera saídas subseqüentes isentas e com redução na base de cálculo.

Na informação fiscal os autuantes informaram que os cálculos realizados pela fiscalização foram extremamente simples e objetivos, e se resumem no seguinte raciocínio lógico: “se certa quantidade de amônia é revendida com isenção de ICMS, todo o crédito que essa exata quantidade de amônia gerou ao entrar no estabelecimento precisa ser estornado. Não são admitidos artifícios como estorno parcial nem estorno limitado a qualquer parâmetro”.

Multiplicaram as quantidades da mercadoria que tiveram saídas isentas pelo valor unitário de aquisição, encontrando o valor de aquisição de tal quantidade, o que ainda foi multiplicado por 70% (devido à redução de base de cálculo em 30%) e por 12% (que é a alíquota interestadual de SE para a BA).

Em resumo: o estorno exigível é a QUANTIDADE SAÍDA COM ISENÇÃO x VALOR UNITÁRIO DE AQUISIÇÃO x 70% x 12%, tal qual figura na última coluna do Anexo II, utilizando somente conceitos matemáticos de ensino fundamental.

O defendente se insurge contra a metodologia de cálculo do estorno, aplicada pelos autuantes, afirmando que a Fiscalização, sem apoio legal, fez uma ponderação das saídas com base no estoque, e que as notas fiscais escrituradas envolvem saídas subseqüente isentas e com redução de base de cálculo.

Observe que apesar de o autuado se insurgir contra os cálculos, não apresentou dados suficientes para contrapor o levantamento fiscal, considerando a previsão regulamentar de que, quando não for conhecido o valor exato do estorno, este será calculado mediante aplicação da alíquota vigente pelo valor da entrada ou da aquisição da mercadoria, conforme procederam os autuantes, tendo sido respeitada a redução de base de cálculo e alíquota interestadual, o que foi mencionado, inclusive na informação fiscal. Portanto, concluo pela subsistência deste item da autuação fiscal, considerando que somente é permitida a utilização do crédito na proporção das saídas tributadas.

Infração 03: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a mais nos documentos fiscais, nos meses de março, abril, agosto a novembro de 2013.

O defendente alegou que não houve o crédito a maior nas operações de entrada relativas às transferências interestaduais de amônia anidra fertilizante da filial Petrobras localizada no Estado do Sergipe (CNPJ 33.000.167/1123-33) para a filial Petrobras localizada no Estado da Bahia (CNPJ 33.000.167/1122-52).

Afirmou que a legislação sergipana, da mesma forma que a legislação baiana, prevê redução da base de cálculo em 30%, conforme art. 39, anexo III, item 6, inciso III do Decreto 21.400/2002 (RICMS/SE) e, da mesma forma, o Convênio 100/1997 trata do assunto.

Disse que a Fiscalização utilizou o valor total dos produtos (destacado na nota fiscal e já com o desconto do imposto relativo ao benefício) como base para aplicação da redução da base de cálculo (30%) e a partir daí calculou o ICMS à alíquota de 12%.

Os autuantes acolheram integralmente a tese defensiva, motivo pelo qual pugnaram pela improcedência desta infração. Neste caso, após a defesa apresentada e as informações fiscais, inexistente lide a ser decidida. Infração insubsistente, tendo em vista a comprovação da legitimidade dos créditos, o que foi acatado pelos autuantes.

Infração 04: Falta de recolhimento do ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos funcionários do autuado, nos meses de janeiro a maio e agosto de 2013.

O defendente informou que a parcela desta infração 04, reconhecida como procedente é composta de ICMS diferido inerente à Nota Fiscal 1053 (devido e não recolhido oportunamente no valor de R\$ 48,61) e da diferença entre a aplicação das alíquotas de 3% pela Petrobras e de 4% indicada pela fiscalização.

Esclarece que aplicou a alíquota de 3% de acordo com o Decreto 14.187/2012, no entanto o fez sem apresentar o Termo de Acordo necessário para a redução da alíquota, conforme legislação que reproduziu.

Os autuantes informam que, com base nos demonstrativos e comprovante de pagamento apresentados pelo defendente, acatam os mencionados comprovantes e dizem que o valor a ser recolhido deveria ser de R\$ 37.751,42, que corresponde a R\$ 37.702,81, (referente à diferença da aplicação das alíquotas utilizadas na apuração do imposto pela fiscalização (com alíquota de 4%) e o autuado (alíquota de 3%); mais R\$ 48,61 não pagos, relativos à nota fiscal nº1053, conforme pode ser comprovado nas fls. 278 a 282 do presente processo. Resta assim, o pagamento de R\$ 2.273,83 (= 37.751,42 – 35.477,59) (dois mil, duzentos e setenta e três reais e oitenta e três centavos).

Vale salientar que após a informação fiscal, por determinação desta Junta de Julgamento Fiscal, o defendente foi intimado com o fornecimento de cópia da mencionada informação prestada pelos autuantes. Decorrido o prazo concedido, não houve qualquer manifestação.

Acolho as informações prestadas pelos autuantes e concluo pela subsistência parcial desta infração, no valor total de R\$37.751,42, conforme quadro abaixo, elaborado com base nas planilhas de fls. 280 e 282.

DATA DE OCORRÊNCIA	DATA DE VENCIMENTO	VALOR DO DÉBITO R\$
31/01/2013	09/02/2013	4.804,60
28/02/2013	09/03/2013	5.465,73
31/03/2013	09/04/2013	5.879,02
30/04/2013	09/05/2013	14.708,75
31/05/2013	09/06/2013	210,19
31/08/2013	09/09/2013	6.683,13
T O T A L		37.751,42

Vale salientar que as petições apresentadas na sessão de julgamento não apresentaram fatos novos que modificassem o presente lançamento. Também não foram anexados os documentos alegados pelo defendente quando da apresentação das mencionadas petições.

Quanto à concessão do prazo de dez dias para se manifestar sobre a informação fiscal, tal prazo já foi concedido, conforme intimação às fls. 329/330, e não é razoável que o órgão julgador fique aguardando o contribuinte comprovar o que alegou a qualquer tempo, inclusive, porque se deve cumprir os prazos processuais.

Por fim, o autuado requer que toda intimação alusiva ao feito seja encaminhada à “sede do Jurídico”, indicando o endereço. Não há impedimento para que tal providência seja tomada. Porém, observo que de acordo com o art. 26, inciso III, do RPAF/99, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável, e a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts. 108/109 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, inexistindo qualquer irregularidade se a intimação for endereçada diretamente ao contribuinte. Ademais, o representante do autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ para receber correspondências.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme quadro abaixo, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

INFRAÇÃO Nº	CONCLUSÃO	IMPOSTO
01	PROCEDENTE	145.946,04
02	PROCEDENTE	1.939.365,99
03	IMPROCEDENTE	-
04	PROCEDENTE EM PARTE	37.751,42
TOTAL	-	2.123.063,45

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 **279196.0003/15-0**, lavrado contra **PETRÓLEO BRASILEIRO S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.977.117,41**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “f”; VII, “a e “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$145.946,04**, prevista no art. 42, inciso XI, da mesma Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

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, 18 de maio de 2016

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA