

A. I. N° - 298929.0018/15-0
AUTUADO - ENERGÉTICA CAMAÇARI MURICY I S.A.
AUTUANTE - EDMÁRIO DE JESUS SANTOS
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 25.07.2016

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0103-02/16

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. MULTA. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Acatadas as razões defensivas. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente elidida. Rejeitadas as preliminares de nulidades; não apreciada a alegação de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, e não acolhido o pedido de redução das multas pelo descumprimento da obrigação acessória. Negado o pedido de diligência/perícia fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/06/2015, para constituir o crédito tributário em razão de:

Infração 01 – 16.01.02 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de fevereiro, abril a dezembro de 2012, janeiro a novembro de 2013, conforme demonstrativo nos Anexos I, fls.05 e 07, e Recibo de Arquivos Eletrônicos à fl.17. Valor da multa: R\$1.917.847,36. Em complemento consta: A relação das notas fiscais não encontradas na EFD do contribuinte está elencada no Anexo I.

O autuado foi cientificado da autuação em 07/08/2015 através da Intimação e AR dos Correios, fls.23 e 24, e em 07/08/2015, através do Processo SIPRO n° 187236/2015-0, o contribuinte Petróleo Brasileiro S/A – Petrobrás, na condição de sucessor do autuado, apresentou defesa, fls. 26 a 56.

Esclarece que é uma subsidiária integral da Petrobras que atua na produção de etanol e biodiesel, constituída na forma do art. 251 da Lei 6.404/76, com prazo de duração indeterminado, que se rege pelas normas de seu Estatuto Social e pelas legislação a ela aplicável.

Comenta sobre os princípios do contraditório e da ampla defesa, previstos no art. 5º, LIV e LV, CF, em termos de matéria tributária e de processo administrativo fiscal, destacando que para defender-se de modo adequado, é necessária a concessão de prazo razoável para realização da defesa, a fim de que com isso possa influenciar na formação do convencimento do julgador.

Na presente autuação, aduz que a Autoridade Fiscal indica para a suposta infração um longo período de ocorrência, que por sua vez demanda levantamento de um cem número de documentos, seguido de análise, comparações, e tudo feito num tempo bastante exíguo, que dificulta, sobremaneira, a apresentação da respectiva impugnação.

Argumenta que a situação descrita nos autos envolve diferentes discussões e abordagens jurídicas, e que além de dificultar o conhecimento dos fatos, dificultou também a apresentação da impugnação administrativa, no prazo de 60 (sessenta) dias por considerá-lo exíguo.

Diante o exposto, entende que é o caso de se proceder a anulação do auto de infração uma vez que houve nítida ofensa do direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa, porquanto configurada limitação às referidas garantias na medida em que face ao número de infrações registradas num mesmo auto de infração acabou por limitar o direito da Defendente de analisar os fatos e apresentar a respectiva impugnação.

Prossegue arguindo a nulidade da autuação, com base dois fatores:

(a) da incongruência entre os fatos descritos pela Autoridade Fiscal (imputados à autuada) e sua respectiva previsão legal; e

(b) da ausência de especificação/indicação dos dispositivos legais correspondentes à conduta praticada pela autuada e consideradas pelo FISCO como infracionais (o Auto traz apenas referência genérica aos art. 217 e 247 do RICMS, Dec. 13.780/2012, sem mencionar especificamente qual ou quais incisos e ou alíneas teriam sido violados.

Argumenta que os dispositivos legais citados não obrigam o Contribuinte a adotar esta ou aquela providência quanto à escrituração fiscal de suas operações, mas, apenas informa a destinação do livro de Registros de Entradas.

Com base nisso, aduz que a descrição dos fatos imputados à PETROBRAS não encontram qualquer correspondência nos arts. 217 e 247 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.

Transcreve artigo 39, e seus incisos, do RPAF/99, que trata dos requisitos obrigatórios para a lavratura de auto de infração, para suscitar a nulidade da autuação.

No mérito, separou sua impugnação em dois períodos:

A) Período janeiro a maio de 2013.

Destaca que este período representa o período mais expressivo em termo de valores, e que esta Junta de Julgamento Fiscal há de reconhecer o não cabimento da multa imputada, porque inexistente no caso concreto dolo ou mesmo falta de recolhimento de imposto, consoante orienta a Lei 7.014, de 04/12/1996, em seu art. 42:

Desse modo, arguindo a inexistência de comportamento fraudulento ou doloso, e, porque não existiram ao Estado da Bahia quaisquer prejuízos, pois os tributos foram devida e tempestivamente recolhidos, entende aplicável ao caso o disposto no artigo acima citado, porquanto preenchidos os requisitos autorizadores para o cancelamento da multa implementada e ato contínuo declarado improcedente o auto de infração.

Além disso, alega que as DMAs do período acima mencionado comprovam que não houve omissão de informação ao órgão fazendário, bem como que os extratos de pagamento de ICMS referentes ao período supracitado, comprovam também que não houve falta de recolhimento do imposto.

Informa que as DMAs e os extratos de pagamento do período estão em anexo em CD, ressaltando que a autoridade fazendária já tinha conhecimento de toda a informação contida em tais documentos, por essa razão não se operou a impressão em papel, mas tão-somente seu arquivamento em mídia eletrônica.

Adicionalmente, anexou à sua defesa os arquivos de conciliação que foram confrontadas as Notas Fiscais listadas pelo fisco com os livros de entrada gerados pelo sistema, sendo verificado que determinadas notas fiscais canceladas também estão indicadas nas planilhas contemplando todo o período do auto de infração.

Frisa que acaso não prospere os argumento acima levantados, e, após realizado levantamento, a Defendente entende comprovado declaração por meio de DMA de diversas notas fiscais que

diminuem o auto de infração em R\$ 1.837.225,66. Além disso, informa que foi atestado o cancelamento de diversas notas fiscais que diminuem o auto de infração em R\$ 668,93. Diz, ainda, que todas estas informações estão devidamente demonstradas em planilhas anexas no CD bem como na documentação relativa as DMAs e notas fiscais, que fazem parte integrante da defesa e devem ser tidas como se aqui literalmente transcritas.

B) Notas fiscais canceladas e devolvidas.

Informa 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.

Salienta que por envolver um número considerável de documentos, o prazo concedido para defesa e levantamento dos referidos documentos não foi suficiente para a defesa.

Transcreve trecho de lição de professor de direito tributário sobre o disposto no artigo 155, inciso II, da Constituição Federal, e sobre o artigo 481, Código Civil, e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, para argüir que devolvida a mercadoria ou cancelado o negócio de compra e venda, e, por consequência, inexistente a transferência da mercadoria do vendedor ao comprador, sendo indevida incidência do ICMS, uma vez que houve desfazimento do negócio jurídico.

C) - Livro de registro de entradas. Transferência entre estabelecimentos do mesmo contribuinte.

Comenta sobre a regra matriz do ICMS à luz do artigo 155, II, da CF e art. 114 do CTN, para argumentar 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, 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”.

Observa que a pretensão fiscal de identificar tributo numa mera transferência de produto entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, esbarra na própria regra-matriz constitucional do ICMS, sendo unânime a doutrina e a jurisprudência ao mencionarem 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.

Assim, entende que não havendo circulação ou mercadoria, não havia operações sujeitas à incidência ou isentas do ICMS e, portanto, não seria possível à fiscalização imputar as penalidades ora combatidas.

Transcreve a ementa do julgamento pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal no **processo** administrativo fiscal nº 269139.0003/10-0, no qual o CONSEF reduziu a penalidade, por considerar que se tratava de operações de circulação de mercadoria apenas para armazém geral.

Pelo acima alinhado, requer que seja julgada improcedente a infração, 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.

Analizando a multa tipificada no Art. 42, XI, da Lei nº 7.014/96, frisa que inexistiu, no caso dos autos, qualquer tipo de prejuízo econômico/financeiro para o Estado da Bahia, uma vez que, na infração o pagamento do imposto, ou fora devidamente realizado pelo fornecedor ou se trata de operação não sujeita ao ICMS.

Superadas as questões de mérito aduzidas acima, pede que seja reconhecido o caráter confiscatório das multas tipificadas nos dispositivos legais citados ante a afronta, por inconstitucionalidade direta, a dispositivo constitucional pético como garantia do contribuinte, enquanto limitação ao poder de tributar (art. 150, inc. IV, da Constituição Federal), isto porque

seu montante supera não somente o valor do próprio imposto se acaso fosse devido, como também por si só atrair o caráter de confisco.

Prossegue comentando sobre o princípio do não-confisco, com base em lições de professores de direito tributário, e no posicionamento no âmbito judicial, para sustentar a necessidade de declaração, quanto a inconstitucionalidade, por evidente confiscatoriedade.

Desta forma, diz 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.

Invocou o artigo 2º, § 1º e 150, II do RPAF/99, para arguir 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 demonstrar que ainda que se firme o descumprimento de obrigação acessória, inexistiu em desfavor do Fisco qualquer prejuízo, bem como que a metodologia de cálculo efetuada pela Defendente e as informações lançadas em documentos (a exemplo da DPD) estão corretas e obedecem à legislação vigente à época dos fatos.

Pondera que caso não seja deferida a perícia fiscal, diante da previsão legal, requer a realização da diligência na forma prevista do art. 148, II, do RPAF/99 – 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.

Indicou como seu Assistente Técnico o **Contador Luiz Cláudio Van Der Maas de Azevedo**, CPF 042.977.197-54, empregado da Autuada, com endereço na Rua Soares Cabral 80, Ap. 101, Laranjeiras, Rio de Janeiro-RJ.

Ao final, requer:

1. Acolhida das preliminares arguidas, reconhecendo as nulidades do auto de **infração de nº 269354.0002/15-0**, nos termos contido na causa de pedir;
2. 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;
3. A concessão de oportunidade para se manifestar sobre as Informações Fiscais, nos termos do art. 127, §7º, do RPAF/BA;
4. Finalmente, requer seja julgada improcedente a autuação, com aplicação da lei determinado o cancelamento das multas aplicadas em razão de estarem preenchidos os requisitos legais para tanto, uma vez que não houve qualquer descumprimento da legislação tributária, pleiteando ainda o afastamento das multas aplicadas.

LISTA DE DOCUMENTOS EM ANEXO EM CD QUE FAZ PARTE DA DEFESA

- 1) Procuração; Substabelecimento e Comprovante de Inscrição do Advogado Perante a Ordem dos Advogados do Brasil;
- 2) Cópia do Estatuto Social da Petróleo Brasileiro S/A – PETROBRÁS;
- 3) Auto de Infração; e rastreamento dos correios;
- 4) Declaração e Apuração Mensal do ICMS – DMA de Janeiro a Maio de 2013;
- 5) Extrato de pagamento de janeiro a maio de 2013;
- 6) OAB;
- 7) Ata de incorporação da Enegrética Camaçari Muricy S.A. - (CNPJ/MF nº 08.620.421/0001-27) pela Petróleo Brasileiro S.A.;
- 8) Tabelas de composição do ICMS - Impostos jan/2013; a mai/2013 - DIFAL;
- 9) Tabela de composição do ICMS - Impostos mar/2013 – NFs;
- 10) Tabela de composição do ICMS - Impostos abril/2013 – DIFAL;

- 11) Tabela de composição do ICMS - Impostos maio/2013 – DIFAL.,
- 12) Extratos de pagamento ICMS – DAEs (total de 15 arquivos em pdf);
- 13) DMAs JAN-MAI 2013 – (total de 10 arquivos em pdf).

Na informação fiscal às fls.109 a 115, o autuante, com relação as preliminares de nulidade da ação fiscal, as refutou, dizendo que os dispositivos infringidos foram devidamente apontados no Auto de Infração, além do que a descrição do(s) fato(s) está feita de forma clara e precisa, não gerando possibilidade de dúvida quanto à autuação.

Destaca que o texto da autuação registra: “Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) sujeita(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal”, em consonância com o art. 42, inciso XI da Lei. 7014/96, e que tanto a autuação está clara que o sujeito passivo, em sua defesa, demonstrou total entendimento do objeto da autuação, adentrando no mérito da autuação e justificando o motivo do não registro das notas fiscais às quais fazem parte do objeto do auto de infração.

Desta forma, sustenta que não prospera a alegação de violação dos princípios da legalidade e ampla defesa, devendo ser refutada de pronto a solicitação de nulidade da infração.

No mérito, em relação a alegação de que diversas notas fiscais foram canceladas, o autuante, no que concerne aos documentos relacionados no quadro a seguir, considerou que assiste razão ao autuado, pois diz que de fato correspondem a notas fiscais canceladas.

Ano	Mes	Dta	Doc	Ser	Chave Nfe	UF	VIDoc	MULTA 1%
2012	8	23/08/2012	490	900	'2912084385477700047955900000004903003308332'	BA	3.902,15	39,02
2013	7	23/07/2013	1749	9	'25130710366780000141550090000017491665725800'	PB	367,80	3,68
2013	7	25/07/2013	1755	9	'25130710366780000141550090000017551888603095'	PB	367,80	3,68
2013	10	09/10/2013	242	1	'29131017673182000164550010000002421000002421'	BA	1.443,69	14,44
2013	10	15/10/2013	11595	5	'29131033000167023667550050000115951798850765'	BA	36.270,00	362,70
2013	11	06/11/2013	186940	0	'35131103246317000109550000001869401476086535'	SP	24.541,52	245,42
							66.892,96	668,93

Informa que após a exclusão das NFe retro mencionadas, o valor reclamado fica assim:

Valor histórico do AI	NF canceladas	NF não escrituradas
R\$ 1.917.847,36	R\$ 668,93	R\$ 1.917.178,43

O autuante salienta que o Convênio ICMS 143/06 tornou obrigatório a Escrituração Fiscal Digital, e substituiu a inscrição e escrituração dos livros fiscais, conforme reza o art. 247 do RICMS/BA.

Quanto a discordância do autuado sobre o enquadramento legal da multa, o autuante esclarece que o percentual de 1% foi aplicado de acordo com a legislação em vigor para mercadorias adquiridas e não sujeitas a tributação, respectivamente, de acordo com os inciso XI do artigo 42 da Lei 7.014/96.

Sobre a discussão levantada pelo sujeito passivo de que multa aplicada é inconstitucional, diz que tal discussão escapa aos limites do trabalho da fiscalização, tendo em vista que cabe ao preposto fiscal exclusivamente aplicar a lei vigente e regularmente instituída.

Em relação ao pedido de perícia solicitado pelo autuado em sua defesa, o autuante se mostrou totalmente contrário, por considerar descabido, em virtude de não haver nenhum fato que justifique a realização de perícia, pois existem provas suficientes, anexas ao PAF e o assunto independe de conhecimentos de técnicos especiais.

Concluindo destaca que foram acolhidas as deduções consideradas pertinentes, restando o valor total de R\$ 1.917.178,43, resultante da aplicação da multa de 1% sobre o total das NF de aquisição de mercadorias não tributadas, e pugna pela procedência em parte do auto de infração.

Conforme intimação e AR dos Correios, fls.117 e 118, o sujeito passivo foi cientificado da informação fiscal constante às fls. **109 a 115**, sendo-lhe entregues cópias, o qual, se manifestou tempestivamente às fls. 120 a 134, argüindo o seguinte.

Reitera seus argumentos em relação a nulidade da autuação, destacando que o período de ocorrência demanda levantamento de um sem número de documentos, seguido de análise, comparações, e tudo feito num tempo bastante exíguo, que dificulta, sobremaneira, a apresentação da respectiva impugnação, ou seja, que de forma indevida foi limitado à fruir do direito ao contraditório e ampla defesa, pois, além de dificultar o conhecimento dos fatos, também dificultou a apresentação de defesa por envolver várias situações jurídicas.

Repete os mesmos fatores e fundamentos quanto a violação ao princípio da legalidade que ensejariam a nulidade do auto de infração.

Igualmente, no mérito, reafirma seu pedido de aplicação do disposto no Art. 42 § 7º da Lei nº 7.014/96, no sentido da redução ou cancelamento da multa referente aos fatos geradores do período janeiro a maio de 2013, por representar o período mais expressivo em termo de valores, fundamentado na alegação de que as DMAs do período acima mencionado acostadas ao processo comprovam que não houve omissão de informação ao órgão fazendário, bem como os extratos de pagamento de ICMS referentes ao período supracitado, também acostados, comprovam também que não houve falta de recolhimento do imposto, e que caso não seja acatado pelo órgão julgador, que observado que determinadas notas fiscais foram canceladas e estão indicadas nas planilhas contemplando todo o período do auto de infração.

Chama a atenção que a informação fiscal sequer fez menção à farta documentação acostada, capaz de demonstrar a ausência de comportamento fraudulento ou doloso, uma vez que comprovam que não houve omissão de informação ao órgão fazendário, e que os extratos de pagamento de ICMS, referentes ao período supracitado, comprovam também que não houve falta de recolhimento do imposto.

Quanto às demais notas fiscais relacionadas, frisa que são decorrentes de cancelamento pelo fornecedor, mercadorias não recebidas ou destinadas à outras filiais do contribuinte 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 do contribuinte.

Entretanto, como apontado em defesa, repete que por envolver um número considerável de documentos o prazo concedido para defesa e levantamento de referidos documentos não foi suficiente para a contribuinte.

Sobre a questão referente a transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, reafirma que não deve ser levada em consideração, como se fosse uma etapa autônoma da cadeia produtiva, visto que a pretensão fiscal de identificar tributo numa mera transferência de produto entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, esbarra na própria regra-matriz constitucional do ICMS.

Repisa que, acaso sejam superadas as questões de mérito repetidas acima que seja reconhecida o caráter confiscatório das multas tipificadas nos dispositivos legais citados ante a afronta, por inconstitucionalidade direta, a dispositivo constitucional pétreo como garantia do contribuinte, enquanto limitação ao poder de tributar (art. 150, inc. IV, da Constituição Federal), isto porque

seu montante supera não somente o valor do próprio imposto se acaso fosse devido, como também por si só atrair o caráter de confisco.

Reiterou o seu pedido de perícia/filigência fiscal, em razão da complexidade da matéria e da situação fática apresentada na suposta infração registrada no Auto de Infração impugnado, pelo que entende que faz-se necessária a elaboração de prova pericial técnica, cujo requerimento visa demonstrar que ainda que se firme o descumprimento de obrigação acessória, inexistiu em desfavor do Fisco qualquer prejuízo, bem como que a metodologia de cálculo efetuada pela Defendente e as informações lançadas em documentos (a exemplo da DPD) estão corretas e obedecem à legislação vigente à época dos fatos.

Por tudo o quanto exposto, reitera tudo o quanto já aduzido nos autos.

O autuante à fl.156 tomando conhecimento da manifestação defensiva, ratificou sua informação fiscal exarada às fls. 109 a 115, por considerar que encontrou elementos novos na referida defesa.

VOTO

Quanto as arguições de nulidade do lançamento tributário, a legislação tributária prevê que deve ser declarada a nulidade processual no que tange ao procedimento fiscal que não traz a certeza e liquidez do crédito tributário, em razão da ausência de provas materiais da acusação fiscal, ou quando, restar caracterizado o cerceamento ao direito da ampla defesa e do contraditório. Portanto, para ser declarada a nulidade processual no que tange ao procedimento fiscal efetuado pelo Fisco, é necessário que fique evidenciado que este deixou de observar normas que norteiam a legislação tributária e o devido processo legal.

No presente caso, foi suscitada a nulidade do procedimento fiscal, com base em duas premissas: incongruência entre os fatos descritos pela Autoridade Fiscal e sua respectiva previsão legal; e ausência de especificação/indicação dos dispositivos legais correspondentes à conduta imputada ao sujeito passivo, e consideradas pelo Fisco como infracionais, pois o auto de infração traz apenas referência genérica aos art. 217 e 247 do RICMS, Dec. 13.780/2012, sem mencionar especificamente qual ou quais incisos e ou alíneas teriam sido violados.

No caso, quanto a preliminar de nulidade a pretexto de ausência de fundamento legal do auto de infração, ou seja, de incongruência entre o fato descrito e sua respectiva previsão legal, e ausência de especificação/indicação dos incisos dos dispositivos legais infringidos, não há como prosperar tais assertivas, pois, a acusação fiscal constante da peça inicial está de acordo com o fato apurado pela fiscalização, cuja descrição do fato está posta de forma clara e precisa no corpo do auto de infração, inclusive constando o devido esclarecimento sobre o procedimento fiscal e a origem da infração apurada, permitindo o perfeito entendimento da acusação fiscal.

Desta forma, não podem ser acolhidas as preliminares de nulidade requeridas pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois a fiscalização expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve a infração, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Portanto, não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente à infração imputada.

Observo que constam no enquadramento legal no auto de infração que foram infringidos, para o fato gerador de 28/02/2012, o artigo 322, incisos e parágrafos do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, e para os fatos geradores posteriores, os artigos 217 e 247 do RICMS aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Analisando tais dispositivos regulamentares, constato que tratam exatamente da obrigatoriedade de escrituração de documentos fiscais no livro Registro de Entradas, dentre outros, inclusive da EFD – Escrituração Fiscal Digital, e no caso, na medida em que a infração imputada ao autuado diz respeito a entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, entendo que houve infringência aos citados artigos e seus incisos.

Por outro lado, como dito acima, foram especificadas no Auto de Infração as normas infringidas, após o demonstrativo de débito, o enquadramento legal com a indicação dos dispositivos infringidos, que estão em conformidade com a imputação. Ademais, de acordo com o **Art. 19 do RPAF/99**, “*A indicação de dispositivo regulamentar equivale à 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*”, e no caso, além da descrição dos fatos permitir o entendimento da acusação fiscal, o enquadramento legal a torna compreensível, permitindo o exercício da ampla defesa e do contraditório, como aliás ocorreu, haja vista seus argumentos meritórios.

Por estas razões, ficam rejeitadas as arguições de nulidade, tendo em vista que o lançamento fiscal está revestido das formalidades legais, não havendo qualquer irregularidade em sua constituição que contrarie o RPAF/BA aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/1999.

É importante destacar, que as decisões administrativas e judiciais colacionadas pelo contribuinte na peça de defesa, não podem servir de lastro para alterar o entendimento aqui externado, visto que as mesmas não vinculam o Estado da Bahia. Somente, através de Decisão judicial no caso concreto, em que o autuado seja parte, ou através de ação de efeitos “erga omnes”, a exemplo da ADIN, estará a Bahia obrigada a adotar posição distinta da externada na presente lide, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167, I, do RPAF/BA.

Acerca do pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para formação de minha convicção em relação ao item constante no Auto de Infração, possibilitando decidir a presente lide.

Quanto ao pedido de perícia, formulado pelo autuado, também o indefiro, haja vista que os elementos de prova constantes nos autos são suficientes para a formação da minha convicção, e a prova do fato não depende de conhecimento especial de técnicos, conforme previsto no art. 147, inciso II, “a” e “b”, do RPAF/99.

Superadas as questões preliminares, observo que, no mérito, a acusação fiscal foi assim descrita no auto de infração: Infração 01 – 16.01.02 – “Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal”, ou seja, diz respeito a falta de escrituração de documentos fiscais no Registro de Entradas, e na EDF – Escrituração Fiscal Digital.

O lançamento se reporta aos meses de fevereiro, abril a dezembro de 2012, janeiro a novembro de 2013, e os documentos fiscais tidos com não escriturados estão discriminados nos demonstrativos no Anexo I, fls.05 e 07, sendo que foi impressa apenas a primeira folha e a última, no universo de 49 páginas. Além disso, consta nos autos, fl.16, um CD contendo todo o levantamento fiscal, o qual, foi devidamente entregue ao autuado, conforme Recibo de Arquivos Eletrônicos à fl.17, assinado por preposto do autuado.

O lançamento foi impugnado levando em conta o seguinte:

a) Período janeiro a maio de 2013

O autuado não nega o cometimento da infração, porém, alega que inexistente no caso concreto dolo ou mesmo falta de recolhimento de imposto, pelo que, suscita a redução ou cancelamento da multa, com fulcro no Art. 42 § 7º da Lei 7.014, de 04/12/1996.

Para comprovar que não houve falta de pagamento do imposto no período fiscalizado, informou que nas DMAs e nos extratos de pagamento do período que estão no CD acostado aos autos. Além

disso, argüiu que determinadas notas fiscais canceladas também estão indicadas nas planilhas, o que diminui o débito em R\$ 668,93.

O autuante na informação fiscal concordou com a defesa, em relação aos documentos fiscais abaixo discriminados, os excluiu do levantamento fiscal, concordando com a diminuição do

Ano	Mes	Dta	Doc	Ser	Chave Nfe	UF	VIDoc	MULTA 1%
2012	8	23/08/2012	490	900	'29120843854777000479559000000004903003308332'	BA	3.902,15	39,02
2013	7	23/07/2013	1749	9	'25130710366780000141550090000017491665725800'	PB	367,80	3,68
2013	7	25/07/2013	1755	9	'25130710366780000141550090000017551888603095'	PB	367,80	3,68
2013	10	09/10/2013	242	1	'29131017673182000164550010000002421000002421'	BA	1.443,69	14,44
2013	10	15/10/2013	11595	5	'29131033000167023667550050000115951798850765'	BA	36.270,00	362,70
2013	11	06/11/2013	186940	0	'35131103246317000109550000001869401476086535'	SP	24.541,52	245,42
							6.892,96	668,93

débito no valor citado.

Em razão do acima exposto, ou seja, após a exclusão das NFe retro mencionadas, o valor reclamado fica assim:

Valor histórico do AI	NF canceladas	NF não escrituradas
R\$ 1.917.847,36	R\$ 668,93	R\$ 1.917.178,43

Ressalto que diante do reconhecimento do cometimento da infração por parte do sujeito passivo, resta plenamente caracterizada a infração apontada pelo Fisco e corretamente aplicada ao presente caso a penalidade capitulada no artigo 42, inciso XI, da Lei nº 7.014/96.

Quanto ao pedido para aplicação do artigo 42 § 7º do RPAF/99, devo ressaltar que, tratando-se de matéria tributária, o ilícito tipificado na legislação pode advir de descumprimento de obrigação principal, tal como a falta de pagamento do tributo, ou de descumprimento de obrigação acessória, como o não atendimento a deveres instrumentais ou formais. É exatamente esta segunda hipótese de que ora se trata.

No tocante ao pedido do impugnante para o cancelamento da multa isolada tendo em vista a inexistência de dolo e outros impedimentos legais, ressalto que na esteira das determinações contidas no Código Tributário Nacional, art.136, a intenção do agente é irrelevante para a tipificação do ilícito fiscal. Sendo a infração objetiva, havendo o resultado previsto na descrição normativa, qualquer que seja a motivação ou ânimo do agente, tem-se por configurado o ilícito.

Note-se, pois, que a infração descrita no Auto de Infração é formal e objetiva, encontrando-se, como dito acima, caracterizada nos autos, pelo que, não acolho o pedido do sujeito passivo.

b) Notas fiscais canceladas e devolvidas.

Quanto a este tópico, foi informado que diversas notas fiscais relacionadas são decorrentes de cancelamento pelo fornecedor, mercadorias não recebidas pela Petrobrás ou destinadas à outras filiais da Petrobrás 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, pelo que, requereu prazo para comprovação do alegado.

Fica indeferido o pedido de juntada posterior de documentos requerida pela defesa, tendo em vista que conforme artigo 123, § 5º, do RPAF/99, *in verbis*: § 5º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que: **I** - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; **II** - se refira a fato ou a direito superveniente; **III** - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.

No caso, entendo que o sujeito passivo, entre a data de ciência da autuação e suas manifestações,

teve tempo para comprovar o alegado, o que não ocorreu.

c) - Livro de registro de entradas. Transferência entre estabelecimentos do mesmo contribuinte.

Não concordo com o argumento defensivo de que em relação às operações de transferência não seriam devidas os registro na escrita fiscal, tendo em vista que, segundo o sujeito passivo, não havendo circulação ou mercadoria, não havia operações sujeitas à incidência ou isentas do ICMS e, portanto, não seria possível à fiscalização imputar as penalidades ora combatidas.

Observo que foi informado pelo autuado que é uma subsidiária integral da Petrobrás que atua na produção de etanol e biodiesel, constituída na forma do art. 251 da Lei 6.404/76, com prazo de duração indeterminado, que se rege pelas normas de seu Estatuto Social e pelas legislação a ela aplicável, inclusive que é usuário de escrituração fiscal digital (EFD), conforme NFe constantes no levantamento fiscal, que segundo a fiscalização não foram escrituradas no livro fiscal de entrada.

Importante frisar que o Convênio ICMS 143/2006, posteriormente substituído pelo Ajuste SINIEF 02/2009, instituiu a Escrituração Fiscal Digital – EFD, de uso obrigatório para os contribuintes do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS ou do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI.

Com base na legislação citada, o contribuinte deverá manter o arquivo digital da EFD, bem como os documentos fiscais que deram origem à escrituração, na forma e prazos estabelecidos para a guarda de documentos fiscais na legislação tributária, observados os requisitos de autenticidade e segurança nela previstos.

A escrituração prevista na forma do citado convênio substitui a escrituração e impressão dos seguintes livros:

- I - Livro Registro de Entradas;
- II - Livro Registro de Saídas;
- III - Livro Registro de Inventário;
- IV - Livro Registro de Apuração do IPI;
- V - Livro Registro de Apuração do ICMS;
- VI - documento Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente - CIAP;
- VII - Livro Registro de Controle da Produção e do Estoque.

Portanto, ela vem a se constituir numa das partes do tripé que compõem o SPED - as outras duas são a Escrituração Contábil Digital (ECD) e a Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) e possui as seguintes premissas:

- a) O documento oficial é o documento eletrônico com validade jurídica para todos os fins;
- b) Utilizar a Certificação Digital padrão ICP Brasil;
- c) Promover o compartilhamento de informações;
- d) Criar na legislação comercial e fiscal a figura jurídica da Escrituração Digital e da Nota Fiscal Eletrônica;
- e) Manutenção da responsabilidade legal pela guarda dos arquivos eletrônicos da Escrituração Digital pelo contribuinte.

É de uso obrigatório para todos os contribuintes do ICMS ou do IPI, podendo os mesmos serem dispensados dessa obrigação, desde que a dispensa seja autorizada pelo fisco da unidade federada do contribuinte e pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, o que não é esta a situação do autuado.

Se constitui em um arquivo digital, composta de um conjunto de escriturações de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal do Brasil, bem como de registros de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte. Este arquivo deverá ser assinado digitalmente e transmitido, via Internet, ao ambiente SPED.

Ou seja: a partir de sua base de dados, a empresa deverá gerar um arquivo digital de acordo com layout estabelecido em Ato COTEPE, informando todos os documentos fiscais e outras informações de interesse dos fiscos federal e estadual, referentes ao período de apuração dos impostos ICMS e IPI. Este arquivo deverá ser submetido à importação e validação pelo Programa Validador e Assinador (PVA) fornecido pelo SPED.

O contribuinte deverá manter o arquivo digital da EFD, bem como os documentos fiscais que deram origem à escrituração, na forma e prazos estabelecidos para a guarda de documentos fiscais na legislação tributária, observados os requisitos de autenticidade e segurança nela previstos, considerando-se a EFD válida para os efeitos fiscais após a confirmação de recebimento do arquivo que a contém.

A legislação do Estado da Bahia, especialmente o Regulamento do ICMS/12, em seu artigo 264 e seguintes, normatiza a escrituração fiscal digital, inclusive o seu § 2º determina que se consideram escriturados os livros e documentos no momento em que for emitido o recibo de entrega, ao passo que o artigo 248 impõe a sua obrigatoriedade, enquanto que o artigo 253 estipula que o uso da EFD dispensou o contribuinte da entrega dos arquivos estabelecidos pelo Convênio ICMS 57/95 a partir de 1º de janeiro de 2012, qual sejam, os arquivos magnéticos.

Isto significa que a partir de sua adoção os livros e documentos fiscais deixam de ser escriturados do modo "tradicional", de forma manuscrita, mecanizada ou com os livros emitidos por processamento de dados, sendo a escrituração totalmente virtual, inexistindo livros fiscais físicos, tais como existentes, o que invalida a argumentação defensiva de manutenção de "registro paralelo" de controle ou de registro, pois este não possui qualquer valor legal ou fiscal, motivo pelo qual não pode ser acolhido, independente da data de adesão à EFD.

Ainda que submetido ao regramento anterior, não poderia ser acolhida prova do registro das notas, senão aquelas constantes nos livros fiscais, vez que os documentos remanescentes, elencados na autuação deveriam estar nos livros digitais, ao invés de qualquer outro meio ou elemento. Desta forma, não posso albergar a tese defensiva, e julgo a infração procedente em parte, com base nos demonstrativos de fls.05 e 07.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de **R\$1.917.178,42**, conforme demonstrativo abaixo:

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO

Data Ocor.	Data Vencto.	B. Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito
28/02/2012	09/03/2012	6,00	0,00	1	0,06
30/04/2012	09/05/2012	1.747,00	0,00	1	17,47
31/05/2012	09/06/2012	133.585,00	0,00	1	1.335,85
30/06/2012	09/07/2012	38.591,00	0,00	1	385,91
31/07/2012	09/08/2012	43.475,00	0,00	1	434,75
31/08/2012	09/09/2012	13.187,00	0,00	1	131,87
30/09/2012	09/10/2012	44.957,00	0,00	1	449,57
31/10/2012	09/11/2012	562.165,00	0,00	1	5.621,65
30/11/2012	09/12/2012	633.926,00	0,00	1	6.339,26
31/12/2012	09/01/2013	173.954,00	0,00	1	1.739,54
31/01/2013	09/02/2013	54.139.779,00	0,00	1	541.397,79
28/02/2013	09/03/2013	33.757.494,00	0,00	1	337.574,94

31/03/2013	09/04/2013	28.877.073,00	0,00	1	288.770,73
30/04/2013	09/05/2013	28.792.217,00	0,00	1	287.922,17
31/05/2013	09/06/2013	42.698.002,00	0,00	1	426.980,02
30/06/2013	09/07/2013	620.373,00	0,00	1	6.203,73
31/07/2013	09/08/2013	708.362,00	0,00	1	7.083,62
31/08/2013	09/09/2013	16.000,00	0,00	1	160,00
30/09/2013	09/10/2013	296.821,00	0,00	1	2.968,21
31/10/2013	09/11/2013	40.083,00	0,00	1	400,83
30/11/2013	09/12/2013	126.045,00	0,00	1	1.260,45
TOTAL					1.917.178,42

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298929.0018/15-0**, lavrado contra **ENERGÉTICA CAMAÇARI MURICY I S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$1.917.178,42**, prevista no art. 42, XI, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de julho de 2016.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR