

A. I. Nº - 298620.0001/16-2
AUTUADA - ENERGÉTICA CAMAÇARI MURICY I S.A.
AUTUANTE - LUIZ CLÁUDIO CONCEIÇÃO REGO
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 16.11.2016

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0199-04/16

EMENTA. ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multas de 10% e de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Após provas apresentadas pelo contribuinte, os valores exigidos no Auto de Infração foram reduzidos. 2. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. Infração elidida em parte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 31/03/2016, exige ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$258.002,65, pelas seguintes irregularidades cometidas contra a legislação tributária deste Estado:

Infração 01 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) sujeita(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Período: março de 2014 a janeiro de 2015. Multa de 1% sobre o valor das aquisições: R\$198.017,45.

Infração 02 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável(s) sem o devido registro na escrita fiscal. Período: janeiro de 2014 a janeiro de 2015. Multa de 1% sobre o valor das aquisições: R\$54.965,99.

Infração 03 - Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escriturada. Período: janeiro de 2014 a janeiro de 2015. ICMS: R\$5.019,21 com multa de 60%.

A PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRAS, sucessora da empresa autuada, apresenta impugnação ao lançamento fiscal (fls. 52/82). Após observar a tempestividade da defesa e que sua impugnação foi, também, entregue em mídia eletrônica, diz que após criteriosa análise e avaliação das infrações apontadas, reconhece integralmente o imposto relativo à infração 03 e que recolherá o seu valor, apresentando, posteriormente, o DAE de quitação.

Traz preliminar de nulidade ao Auto de Infração. Sacando dos princípios da ampla defesa e do contraditório, que discorre, afirma que no presente a fiscalização apurou “*diversas supostas infrações fiscais em um único auto de infração, o que dificulta, sobretudo, a apresentação da respectiva impugnação. Em razão da ampla gama de assuntos tratados, há dificuldade de a autuada compreender e ter conhecimento sobre todas as situações fáticas indicadas pelo Fisco. Some-se a isto o fato de exigir a análise e providência de juntada de uma gama de documentos num único prazo, o que acaba por reduzir ou ainda prejudicar as chances de êxito da defesa da contribuinte*”.

Reafirma que as infrações possuem diversas naturezas, envolvendo diferentes discussões e abordagens jurídicas, que dificultam a apresentação da impugnação administrativa. Observa que o art. 123, do RPAF/BA prevê o direito do contribuinte de impugnar o lançamento no prazo de 60

dias, mas que tal prazo deve ser entendido como para cada lançamento tributário realizado e “não um feixe de supostas infrações condensadas em um único ato (autuação fiscal)”. No caso presente existem três exigências fiscais diferentes, que “faz necessário estudo de quatro situações fáticas distintas, bem como a respectiva análise jurídica, bem como levantamento de toda documentação envolvida”.

Em assim sendo, entende que o Auto de Infração deve ser anulado.

Passa ao mérito das infrações 01 e 02.

No que diz respeito à infração 01, informa que após análise das 38 NF-es autuadas, detectou que 20 foram canceladas, 08 são “operações não reconhecidas”, emitidas por fornecedores sem relação costumeira associada às operações da empresa (está investigando a situação de tais documentos fiscais, tendo sido verificado que alguns foram cancelados por notas de entrada emitidas pelo fornecedor) e 10 notas fiscais foram escrituradas na Petrobras.

Apresenta o seguinte quadro:

NOTAS FISCAIS	VALORES	MULTA - 1%	POSIÇÃO
12892, 1474, 6605, 129354, 24208, 25438, 10372, 1715, 1716, 91568, 3944, 4053, 4065, 4228, 4229, 4230, 4294, 4307, 17 e 4835 - (20 NFs Canceladas).	18.791.638,05	187.916,38	impugnar
109836, 19755, 164692, 164695, 33086, 237115, 8321, 15 - (08 NFs Operações não Reconhecidas).	108.088,43	1.080,88	impugnar
9567, 11454, 24129, 33823, 108376, 346, 7150, 4428, 8153, 55162 - (10 NFs Escrituradas na Petrobras).	902.018,67	9.020,19	impugnar
Total 38 NFs	19.801.745,15	198.017,45	

Passa a discorrer sobre notas fiscais canceladas e devolvidas, porém não sobre as 20 que indicou, mas sim das 08 que disse não reconhecidas. Afirma de que não as reconhece em decorrência dos seus cancelamentos pelos fornecedores. Assim, as mercadoria não foram 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”.

Faz comentários sobre as disposições do art. 155, II, da Constituição Federal e art. 481 do Código Civil para aduzir que “o distrato caracteriza-se, de um lado, pela devolução da mercadoria vendida, e de outro, pela anulação dos valores registrados como receita.” Em assim sendo, as operações canceladas ou de devolução de mercadorias não constituem fatos geradores do ICMS, não lhe podendo ser imputada multa prevista na legislação a respeito das mesmas.

Neste momento, abre tópico sobre “Livro de Registro de Entradas. Transferência entre estabelecimentos do mesmo contribuinte”.

Pontua que transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte não deve ser levada em consideração, como se fosse uma etapa autônoma da cadeia produtiva, inclusive pela não-incidência do ICMS e que “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”.

Transcrevendo, novamente, as determinações do art. 155, II da Constituição Federal, que foi, diz, aparentemente desprezado por parte do fisco, define fato gerador do imposto (art. 114, do CTN) para firmar que este fato necessita, concomitantemente, dos seguintes elementos: Operação (vale dizer, negócio jurídico); Circulação (ou seja, transferência de titularidade do bem) e Mercadoria

(isto é, ato de mercancia, com fito de lucro). E com tal premissa, discorre de forma minuciosa sobre “operação”, “circulação” e “mercadoria”.

Afirma, em seguida, 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*”. Assim sendo, o ICMS só deve incidir sobre operações que conduzem mercadorias, mediante sucessivos contratos mercantis e não sobre a simples “*movimentação*” de mercadorias. Neste sentido, apresenta ensinamentos de Geraldo Ataliba, José Eduardo Soares de Melo e julgados do STJ a respeito da Súmula 166.

E neste caminhar discorda de “alguns Estados” que pretendem incidir a hipótese da incidência do ICMS sobre transferências “*com suposta base no artigo 12, inc. I da Lei Complementar nº 87/96, pois não alcançada a escorreita exegese do mencionado dispositivo, que deve ser sistematicamente interpretada com a hipótese de incidência prevista no artigo 2º que contempla a circulação, ou seja, a passagem de mercadoria de uma para outra pessoa, mediante transferência de titularidade*”.

Pelo exposto, requer que seja julgada improcedente a infração 01, no que se refere às operações entre estabelecimentos do mesmo contribuinte ou, alternativamente, que seja reduzida a multa imputada nos termos das disposições do § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Em relação à infração 02, diz que, após análise das 60 notas fiscais eletrônicas autuadas, detectou que 39 notas fiscais foram canceladas, 12 são “operações não reconhecidas”, emitidas por fornecedores sem relação costumeira associada às operações da empresa (está investigando a situação de tais documentos fiscais, tendo sido verificado que alguns foram cancelados por notas de entrada emitidas pelo fornecedor), 04 foram escrituradas na Petrobras e 05 foram emitida para anulação de notas fiscais de venda de energia não tendo sido registradas por meio de notas de entrada emitidas pela própria empresa.

Apresenta o seguinte quadro:

NOTAS FISCAIS	VALORES	MULTA - 1%	POSIÇÃO
32156, 32162, 32163, 62046, 261, 35029, 35110, 35111, 713, 2053, 3472, 35424, 43725, 43727, 43729, 43731, 43738, 43748, 7874, 44215, 44216, 44224, 44229, 499, 1935, 1936, 3395, 4784, 20, 1389, 7871, 1108, 2502, 11673, 18445, 18447, 91569, 7103 e 7105 - (39 NFs Canceladas.)	3.097.181,77	30.971,82	impugnar
2927, 5691, 7131, 1171791 - (04 NFs Escrituradas na Petrobras).	182.131,59	1.821,32	impugnar
686, 385, 1921, 2444, 2886, 22, 24, 7084, 61540, 11853, 197, 947 - (12 NFs Operações não Reconhecidas).	152.794,89	1.527,95	impugnar
1490, 8119, 16042, 19443, 18454 - (05 NFs Anulação de Venda de Energia).	2.064.492,21	20.644,92	impugnar
Total 60 NFs	5.496.600,46	54.966,00	

Passa discorrer sobre notas fiscais canceladas e devolvidas, porém não sobre as 39 que indicou mas sim, das 12 que entendeu não reconhecidas. Neste tópico, os argumentos são os mesmos que apresentou para a infração 01.

De igual forma, apresenta os mesmos argumentos já explanados quando da infração 01 a respeito do tópico “*Livro de Registro de Entradas. Transferência entre estabelecimentos do mesmo contribuinte*”.

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

Abre discussão sobre a necessidade de diligência fiscal. Sacando das determinações do art. 2º, § 1º, art. 150, II e 145, todos do RPAF/BA, entende que diante da complexidade da matéria e da situação fática apresentada faz-se necessária a elaboração de prova pericial técnica, a qual requer, e acrescenta que tal 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*”.

E caso a perícia fiscal não seja deferida, requer diligência na forma prevista do art. 148, II, do RPAF/BA, por auditor estranho ao feito, para, com a devida isenção, apreciar os fatos e documentos produzidos na sua impugnação, “*que visam desconstituir a suposta infração e respectiva multa, objeto do presente Auto de Infração*”.

Apresenta como seu Assistente Técnico o Sr. Luiz Van der Maas de Azevedo, contador da empresa com CPF nº 042.977.197-54 e endereço na Rua Soares Cabral 80, Ap. 101, Laranjeiras, Rio de Janeiro-RJ.

Por fim requer:

1. Acolhidas as preliminares arguidas, reconhecendo as nulidades do Auto de Infração.
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. Julgadas improcedentes as autuações, uma vez que não houve qualquer descumprimento da legislação tributária, pleiteando ainda o afastamento da multa aplicada.

O autuante presta sua informação fiscal (fls. 119/123). Após pontuar o reconhecimento da infração 03 por parte da empresa e as razões de defesa em relação às infrações 01 e 02, passa a analisá-las.

Quanto à infração 01, diz assistir razão em parte ao impugnante, conforme indica.

Das 18 notas fiscais aquelas de nºs 17; 1474; 1715; 1716; 3944; 4053; 4228; 4229; 4230; 4294; 4835; 6605; 10372; 12892; 24208; 25438; 91568; 129354, de fato, foram canceladas. No entanto, as de nºs 4065 e 4307 não as foram, conforme DANFEs em anexo.

A respeito das 08 (oito) notas fiscais que diz a empresa que são "operações não reconhecidas", mantém a autuação já que nas NF-es resta consignado como destinatário o impugnante. DANFEs em anexo (NF-es nº: 109836, 19755, 164692, 164695, 33086, 237115, 8321, 15).

No que tange às 10 notas fiscais que o defensor afirma terem sido escrituradas na Petrobras, não foi apresentada qualquer comprovação deste fato. Além do mais, estes documentos fiscais deveriam estar escriturados na Energética Camaçari Muricy I e não na PETROBRAS.

Com tais argumentos, entende que a infração 01 é parcialmente procedente no valor de R\$13.253,12, conforme planilha que apresenta.

Em relação à infração 02, de igual forma, reconhece que o defensor tem razão em parte.

1. todas as 39 notas fiscais realmente foram canceladas.
2. Em relação às 04 NF-es ditas escrituradas na PETROBRAS, não foi apresentada qualquer comprovação. Afora que elas deveriam ter sido escrituradas na Energética Camaçari Muricy I. Manteve a autuação.
3. A respeito das "operações não reconhecidas", verificou que a NF-e nº 24 cancelou a NF -e nº 22. Acata as razões de defesa. Mantém as demais (NF-es nºs 686, 385, 1921, 2444, 2886, 7084, 61540, 11853, 197, 947), vez que o destinatário é a empresa autuada.
4. Em relação às NF-es emitidas para anulação parcial de venda de energia, diz entender que deveriam ter sido lançadas na EFD.

Com tais argumentos, entende que a infração 02 é parcialmente procedente no valor de R\$23.979,36, conforme planilha que apresentou.

Por tudo exposto, requer a procedencia parcial da autuação.

O autuado foi intimado para tomar ciência da informação fiscal (fls. 149/150).

Manifestando-se (fls. 152/184), afirma que havia reconhecido parcialmente a infração 03. No entanto, após sua análise e avaliação, percebeu o equívoco.

Após solicitação, lhe foi enviada norma ambiental com sua autorização e fundamento que permite as remessas de borra oleosa para descarte sem a incidência de ICMS. De acordo com tal norma, a BIOTANK pode realizar esse tratamento e descarte, em que pese constar em seu cartão CNPJ esse (CNAE). Portanto, tratando-se da empresa BIOTANK, as remessas de borra oleosa não deverão ser tributadas. Logo, não incide ICMS por não se tratar de operação com mercadoria nos termos da LC nº 87/1996, art. 2º, I.

Após informar que, em 30/01/2015, foi aprovado em Assembleia Geral Extraordinária a incorporação da ENERGÉTICA CAMAÇARI, MURICY S.A. - ENERGÉTICA (CNPJ/MF nº 08.620.421/0001-27) pela Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRAS, passando a ser registrada sob o CNPJ 33.000.167/0266-82, com a Razão Social PETROLEO BRASILEIRO SA - UTE CAMAÇARI MURICY I, diz que buscou junto a ENERGÉTICA, a localização das 98 NF-es "não registrada na empresa," Além disso solicitou a verificação das 90 notas fiscais referentes às operações de saídas para a empresa Biotank. Recebeu as seguintes informações:

- a) cópias das notas fiscais relacionadas pela SEFAZ-BA.
- b) 59 notas fiscais estão com o status de "CANCELADAS" no sistema de nota fiscal eletrônica.
- c) 14 notas fiscais foram escrituradas extemporaneamente na Petrobras.
- d) 20 notas fiscais são de operações não reconhecidas internamente.
- e) 05 notas fiscais são referentes a anulação de vendas de Energia.
- f) 90 notas fiscais referentes a operações com a empresa Biotank de envio para descarte de "Borra de Óleo".

Após tais informações, transcreve toda a sua defesa inicial em relação às infrações 01 e 02, acrescentando, apenas, e em relação à infração 02, quadro das 05 NF-es referentes anulação de vendas de energia, conforme tabela abaixo.

NFs	Histórico
1490	Anulação de energia - NF 3874, NOTA FISCAL DE ANULAÇÃO DE VENDA DE ENERGIA, OPERAÇÃO NF 3718 - MARÇO/2014.
8119	Anulação de energia - NF 3873, NOTA DE ANULAÇÃO DE VENDA DE ENERGIA, OPERAÇÃO NF 3717 - MARÇO/2014.
16042	Anulação de energia - NF 3872, REF. NOTA DE ANULAÇÃO DE VENDA DE ENERGIA, OPERAÇÃO NF 3716 - MARÇO/2014.
19443	Anulação de energia - NF 3876, REF. NOTA DE ANULAÇÃO DE VENDA DE ENERGIA, OPERAÇÃO NF 3721, MARÇO/2014.
18454	Anulação de energia - NF 3872, NOTA DE ANULAÇÃO DE VENDA DE ENERGIA, OPERAÇÃO NF 3716 - MARÇO/2014.

Por fim requer: "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. Requer, ao final, que seja julgada improcedente as autuações, uma vez que – salvo na parte reconhecida – não houve qualquer descumprimento da legislação tributária e tampouco falta de recolhimento do Imposto sobre Circulação Mercadoria de Serviços – ICMS".

O autuante presta nova informação fiscal (fls. 232/234).

Em relação à infração 03, que na última manifestação da empresa foi reconhecida, inicialmente informa que o impugnante apresentou várias documentações referentes a BIOTANK de períodos posteriores a fiscalização (páginas 209/214) e uma Licença Ambiental do INEMA datada de 10/01/2015, quando o período de fiscalização foi de 01/01/2014 a 31/12/2015.

Em seguida, transcreve o art. 265, XX, do RICMS/12 e informa que no site da Associação Brasileira de Petróleo - ANP, a BIOTANK não aparece na Relação de Coletores de óleo lubrificante usado ou contaminado autorizados pela mesma, apresentando a relação existente no referido site (fls. 235/236).

Mantém a autuação.

Em relação à infração 01, ressalta que analisando o CD apresentado pelo impugnante, a NF-e nº 33282 substituiu a de nº 33086 (fl. 218/220), com ocorrência no mesmo mês. Em assim sendo, acatou o argumento de defesa.

Quanto a NF-e nº 8674 (valor total: R\$5.414,22, emissão 08/04/2015, Destinatário: PETROBRAS Pedido nº 5945) aquela de nº 8321 (valor total: R\$6.363,10, emissão 16/01/2015, Destinatario: ENERGETICA CAMACARI MURICY I S/A Pedido nº 5945), a única indicação de que as notas se referem aos mesmos produtos são os códigos dos produtos e o nº do pedido da empresa emitente. Não foi apresentado uma nota de retorno referente a NF-e nº 8.321.

Reduz a autuação para o valor de R\$13.245,41, conforme demonstrativo que apensa aos autos.

Quanto à infração 02, aduz:

1. As NF-es (fls. 221/226) – NF-es 3862, 3873, 3874, 3876, 3872 estão escrituradas na EFD e são notas de entrada referente as NF-es de saída das empresas que compraram energia do autuado e são de anulação de compra de energia elétrica (NF-es nºs 1490, 8119, 16042, 19443 e 18454).
2. Em relação a NF-es nº 109.836, no valor de R\$66.296,00 e emitida em 14/04/2014 que faz parte do auto, foi ela devolvida (fl. 225, NF-e nº 111.344 emissão 14/05/2014). No entanto esta devolução encontra-se fora da autuação original.

Acata parcialmente a impugnação da infração nº 02, passando o valor a ser exigido para R\$3.334,43, conforme demonstrativo apensado aos autos.

Sugere que o Auto de Infração no valor de R\$258.002,65 seja reduzido para R\$21.599,05.

A empresa foi intimada, em 08/09/2016, para conhecer a nova informação prestada pelo autuante (fls. 251/252), lhe sendo dado prazo de 10 dias para se manifestar. Esta intimação foi recebida em 15/09/2016. O autuado não se manifestou.

Em 29/09/2016, a Inspetoria encaminhou o processo a este CONSEF para julgamento.

Em 05/10/2016 o processo foi encaminhado a esta relatora para instrução e o mesmo foi devolvido à Coordenação Administrativa deste Colegiado para inclusão em pauta de julgamento em 12/10/2016 por restar o mesmo instruído.

Na sessão de julgamento do dia 27/10/2016, o patrono da empresa apresentou uma cópia do “Acompanhamento de Processo” emitido pelo sistema SIPRO (Sistema de Protocolo) desta Secretaria de Fazenda dando conta de que em 24/10/2016 foi protocolada manifestação da empresa, a qual foi entregue na CORAP METRO/PA SAC BELA VISTA. Esta manifestação, até data de julgamento não se encontra apensada aos autos.

VOTO

Inicialmente pontuo o fato do representante da empresa, na sessão de julgamento, ter apresentado cópia do protocolo SIPRO dando conta de que em 24/10/2016 apresentou manifestação, presumo,

sobre a última informação prestada pelo autuante já que a mesma não se encontra apensada aos autos.

Pelo relatório deste Acórdão resta patente que foi ela intempestiva, pois se a empresa pretendeu manifestar-se, quando intimada, deveria ter o feito até 26/09/2016 e não quase um mês depois.

Neste caso, dispõe o RPAF/BA:

Art. 10. A petição será indeferida de plano pela autoridade ou órgão a que se dirigir ou pelo órgão preparador, conforme o caso, se intempestiva, se assinada por pessoa sem legitimidade ou se inepta ou ineficaz, vedada a recusa de seu recebimento ou protocolização.

§ 1º A petição será considerada:

I - intempestiva, quando apresentada fora do prazo legal;

Art. 125. A defesa que por qualquer razão não for admitida será arquivada mediante despacho fundamentado da autoridade competente.

Parágrafo único. Não sendo apresentada defesa ou em caso de defesa apresentada fora do prazo legal, observar-se-á o disposto nos arts. 111 e 112.

Em assim sendo, o pedido do patrono da empresa de que se deva, neste julgamento, considerar a tal manifestação, inclusive não apresentada nos autos até este momento, não pode ser considerada. No entanto, pode o autuado apresentá-la quando, querendo, do seu Recurso Voluntário.

Feitas tais colocações, o impugnante, em preliminar, entende ser nula a ação fiscal por entender que o Auto de Infração foi lavrado com diversas supostas infrações, possuindo diversas naturezas tributárias, dificultando, sobremaneira, a apresentação de sua impugnação, portanto, cerceando seu direito a ampla defesa e desobedecendo ao princípio do contraditório.

Afora tal situação, diz que embora o art. 123, do RPAF/BA lhe conceda o prazo de 60 dias para apresentar defesa, entende que este prazo é para cada infração dita cometida e não para “*um feixe de supostas infrações condensadas em um único ato (autuação fiscal)*”

Não posso alinhar-me ao argumento apresentado pelo impugnante.

Inicialmente, ressalto de que não há vedação, na legislação estadual, acerca da lavratura de um mesmo Auto de Infração para apurar diversas infrações do mesmo tributo. A única exceção existente é aquela determinada no seu art. 43 - *É vedada a lavratura de um mesmo Auto de Infração relativo a tributos diversos.* Em assim sendo e na forma da norma posta, não existe limite para que a fiscalização, em uma só ação fiscal, lance todas as infrações que detectou na auditoria realizada.

E no caso específico e ora em análise, existe, ainda, um agravante. Ao analisar o Auto de Infração, embora tenham sido lançadas três infrações, as duas primeiras tratam de uma única matéria, ou seja: falta de escrituração de notas fiscais no livro Registro de Entradas do SPED-Fiscal (EFD) da empresa autuada (mercadorias tributadas e não tributadas ou com fase de tributação encerrada). A última trata da falta de recolhimento do ICMS em razão da empresa ter praticado operações tributáveis como não tributáveis regularmente escrituradas.

Como se denota, não existe qualquer dificuldade em se saber o que foi autuado, pois resta claro e expresso, inclusive com toda a base legal a qual obedeceu a fiscalização.

Afora que:

1. O autuado defendeu-se minuciosamente das acusações, trazendo aos autos provas de suas alegações.
2. O Auto de Infração foi lavrado em estrita observância aos dispositivos legais aplicáveis à matéria. O autuante descreveu as infrações de forma clara, possibilitando a determinação da natureza das infrações, o autuado e o montante do débito tributário, bem como, elaborou demonstrativos (parte integrante do Auto de Infração) que dão todos os esclarecimentos das

acusações e a apuração dos valores exigidos. Rigorosamente, foram atendidas as exigências contidas no art. 39 do RPAF/BA.

E a respeito do entendimento do defendant de que o art. 123, do RPAF/BA determina que o prazo de 60 que tem o contribuinte é por cada infração dita cometida e não pelo lançamento fiscal é, no mínimo, surpreendente. Se formos caminhar por tal argumentação e somente a exemplo, se um Auto de Infração for lavrado com dez infrações, a empresa terá quase dois anos para se defender.

No mais, e para dirimir qualquer dúvida, transcrevo as disposições do referido artigo:

Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do auto de infração no prazo de sessenta dias, contados da data da intimação. (grifo não original)

§ 1º A matéria relacionada com a situação que constitua o objeto da lide deverá ser alegada de uma só vez.

Assim, inexistindo qualquer violação ao princípio da legalidade, do contraditório, da ampla defesa ou de qualquer outro princípio aplicável à constituição do crédito tributário, é rejeitado o pedido de nulidade aventado pelo impugnante.

Quanto ao pedido de revisão ou perícia fiscal solicitada, ressalto que é cediço ser a busca da verdade material e a certeza jurídica a finalidade de qualquer procedimento administrativo tributário, que se pauta nos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito (art. 2º, do RPAF/BA), tendo sempre em vista a conveniência da rápida solução do litígio, restringindo-se as exigências ao estritamente necessário à elucidação do processo e à formação do convencimento da autoridade requerida ou do órgão julgador por ato menos oneroso (§§ 1º e 2º do citado artigo). Por isso, o julgador administrativo pode, e deve, por competência (art. 30, III, do Regimento Interno deste CONSEF – Decreto nº 7.592/99), solicitar diligência ou perícia para que se cumpra, quando necessária, uma exigência processual ou para que se investigue a respeito do mérito de uma questão. No entanto, ao julgador cabe a direção do processo na fase instrutória, tendo a competência de autorizar ou rejeitar a produção de provas e na forma que entender necessária, sob o enfoque exclusivo da necessidade ou não das mesmas para o deslinde do feito.

Afora tais considerações, determina o art. 147, I, do RPAF/BA que deve ser indeferido o pedido de diligência fiscal quando:

a) o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável;

b) for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos;

E de perícia fiscal:

II - de perícia fiscal, quando:

a) a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos;

b) for desnecessária em vista de outras provas produzidas;

c) a verificação for impraticável

Além do acima explicitado, ainda, determina o RPAF/BA:

Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de 60 (sessenta) dias, contado da intimação. (grifo não original)

Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Além do mais, a matéria posta não necessita de qualquer perito fiscal, nem de fiscal estranho ao feito para realizar qualquer comprovação. Para a acusação das infrações 01 e 02, em síntese, a prova é a mera escrituração de notas fiscais de entradas no livro Registro de Entradas da empresa autuada - EFD, não havendo necessidade de vistoria ou exame de caráter técnico e especializado. A infração 03 é, de igual modo, mera prova da autorização legal que tem a empresa de

transacionar com outra a remessa da borra oleosa (rejeito de sua produção) sem a incidência do ICMS. E, por fim, todas estas provas estão em poder do impugnante, cabendo a ele as suas apresentações.

No mais e não se sabendo o motivo, o defendant no seu pedido de diligência afirmou que seria necessário *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*. Esta matéria é alheia ao presente lançamento fiscal.

Por consequência, indefiro o pedido de diligência/perícia fiscal requerida, com base nas determinações do art. 147, I e II, do RPAF/BA.

Passo ao mérito das infrações.

As infrações 01 e 02 tratam de multas (1% sobre o valor comercial das mercadorias) por descumprimento de obrigação acessória, já que a empresa deu entrada no seu estabelecimento de mercadorias não tributáveis ou com fase de tributação encerrada, bem como, de mercadorias tributáveis, sem proceder aos seus registros em sua Escrituração Fiscal Digital.

Preliminarmente, qualquer contribuinte do ICMS (a exceção daquele que a norma especificadamente indicar) está obrigado a esciturar o livro Registro de Entradas, conforme dispõe o art. 217, do RICMS/12.

Art. 217. O livro Registro de Entradas, modelos 1 e 1-A, destina-se à escrituração (Conv. S/Nº, de 15/12/70):

I - das entradas, a qualquer título, de mercadorias ou bens no estabelecimento;

II - das aquisições de mercadorias ou bens que não transitarem pelo estabelecimento;

III - dos serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação tomados pelo contribuinte.

Por outro lado, o impugnante tem obrigação legal ao uso da Escrituração Fiscal Digital – EFD (art. 247), que substituiu a escrituração e impressão (manual ou informatizado) de livros fiscais, dentre eles o livro Registro de Entrada (§§ 1º e 2º do artigo citado da referida norma regulamentar). Afora que dispensa o contribuinte da entrega dos arquivos estabelecidos pelo Conv. ICMS 57/95 a partir de 01/01/2012, os chamados “arquivos magnéticos” (art. 253).

Ou seja, toda a escrituração fiscal e legal de uma empresa encontra-se nela registrada, sendo realizada pelo próprio contribuinte (com certificado digital), que deve mantê-la de forma correta e transmitir à SEFAZ até o dia 25 do mês subsequente ao do período de apuração, ainda que não tenham sido realizadas operações ou prestações nesse período.

Feitas tais colocações, aprecio o argumento do defendant, matéria trazida para as infrações 01 e 02, a respeito do fato de que transferências de mercadorias não se constituem fato gerador do imposto. Por consequência, e em resumo, tais operações não poderiam estar lançadas em sua escrita fiscal. Apresenta, para corroborar sua tese, a Súmula 166, do STJ.

Ressalto, como se depreende da determinação do art. 217, do RICMS/12 acima transcritas, mesmo adotando a tese do impugnante, tais operações devem ser lançadas na escrita fiscal de qualquer empresa.

No mais, a Lei Complementar nº 87/96, pelo permissivo constitucional (art. 155, § 2º, XII) deu a competência, no seu art. 1º, aos estados e ao Distrito Federal para instituir o ICMS nos seus respectivos territórios. Também deu o norte sobre a incidência do imposto (art. 2º), ressaltando de que “*a caracterização do fato gerador independe da natureza jurídica da operação que o constitua*” (§ 2º do art. 2º).

Nas operações de transferências de mercadorias embora não exista a transmissão de titularidade, são elas consideradas fatos geradores de ICMS, tendo em vista a opção exercida pelo legislador, quando da edição da Lei Complementar nº 87/96 (Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento: 1 - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular), já que as transferências interestaduais, e em função da regra matriz do ICMS, trazem reflexos tributários aos estados envolvidos no processo

de transferência pois o ciclo econômico se desenvola parte em um Estado, parte em outro. E, por fim, a LC nº 87/96 caminhando no sentido de equilibrar as receitas estaduais dos entes federativos, no seu § 3º, II do art. 11 determina, por uma ficção legal, a autonomia de cada estabelecimento do mesmo titular, sendo tais determinações absorvidas pela Lei nº 7.014/96 no seu art. 14, § 2º. E, ressalto, todo este caminho percorrido pela Lei Complementar visa não somente equilibrar a equação do princípio da não-cumulatividade do imposto (débito X crédito), bem como, o pacto federativo.

Em assim sendo e ao contrário do que afirma o defendant, não são “alguns estados” que assim procedem, mais sim as determinações da LC nº 87/96.

E quanto a Súmula 166 do STJ, observo não ser ela vinculante, além de ser anterior à Lei Complementar nº 87/1996, a chamada Lei Kandir.

Passo a análise das provas apresentadas pelo defendant em relação às infrações 01 e 02.

Em relação à infração 01, afirma que das 38 NF-es autuadas, conforme indica e que consta no Relatório do presente Acórdão, detectou 20 canceladas, 08 que diz "operações não reconhecidas" e 10 que foram escrituradas na Petrobrás.

O autuante analisando o argumento de defesa, o acata em parte os argumentos de defesa em relação às 18 notas fiscais canceladas (nºs 17; 1474; 1715; 1716; 3944; 4053; 4228; 4229; 4230; 4294; 4835; 6605; 10372; 12892; 24208; 25438; 91568; 129354). No entanto não aceita o argumento de defesa em relação as de nºs 4065 e 4307 por não restaram provados os seus cancelamentos, o que entendo ter pertinência com base nas disposições do § 5º do art. 123, do RPAF/BA, bem como, das determinações dos artigos 142 e 143 da referida norma legal e já transcritas neste Voto.

A respeito dos 08 documentos que diz a empresa que são "operações não reconhecidas" pelo fato dos seus cancelamentos pelos fornecedores, o fiscal autuante, inicialmente, mantém a autuação já que nelas resta consignado como destinatário o impugnante (NF-es nº: 109836, 19755, 164692, 164695, 33086, 237115, 8321, 15).

No entanto, quando de sua segunda manifestação, o defendant apensa aos autos documentos que foram analisados pelo autuante e conforme a seguir:

1. Cópia da NF-e nº 33086 (autuada - fl. 08) e a de nº 33.282 (fl. 218/220). Ao analisar tais documentos fiscais, resta provado de que as mercadorias acobertadas pela NF-e nº 33086 retornaram ao fornecedor por força da não aceitação por parte do autuado das mercadorias (fl. 220). A operação comercial foi concluída através da NF-e nº 33.282 (não autuada), conforme consta no campo “Informações Complementares”. Neste caso, razão assiste a empresa.
2. Cópia da NF-e nº 8674 (fl. 227/228) que diz ter substituído aquela de nº 8321. Neste caso, razão assiste ao autuante. Ao analisar a NF-e nº 8674, tem ela data de 08/04/2015, como destinatário o CNPJ da PETROBRAS e com valor inferior à daquela emitida em 26/01/2015 ao autuado. Embora o nº do pedido seja o mesmo (Pedido nº 5945) este fato não vincula um documento fiscal ao outro, vinculação essencial, ou seja, situação de retorno e não de devolução de mercadoria entrada no estabelecimento e, após devolvidas, a qual deve ser escriturada) para que pudesse ser desconstituída a infração em relação a tal documento fiscal.
3. Em relação a NF-es nº 109.836, emitida em 14/04/2014 no valor de R\$66.296,00 (fl. 07), o autuante não acata a de nº 111.344 (fl. 225) por entender que a devolução encontrava-se fora da autuação original. Neste caso, entendo razão assistir ao autuante, porém não pela razão apresentada, mas sim, pela falta de comprovação de que no momento do recebimento das mercadorias acobertadas pela NF-e nº 109.836 elas retornaram sem adentrar no estabelecimento autuado e conforme já exposto no item 2.
4. Quanto aos demais documentos fiscais não foram apresentadas provas. Neste caso, somente posso acolher o posicionamento do autuante conforme já explicitada acima em relação ás NF-es nº 4065 e 4307.

Em relação às 10 notas fiscais que o deficiente afirma terem sido escrituradas na Petrobras, de igual forma, o autuante não acata os argumentos defensivos pelo fato de tal afirmativa não ter sido comprovada, afora que elas deveriam estar escrituradas na empresa ora autuada.

Mais uma vez, razão assiste ao fisco. Além do deficiente não ter trazido qualquer comprovação do que alega, observo que, conforme informação por ele próprio prestada, somente em 30/01/2015, foi aprovado, em Assembleia Geral Extraordinária, a incorporação da ENERGÉTICA CAMAÇARI, MURICY S.A. - ENERGÉTICA (CNPJ/MF nº 08.620.421/0001-27 - empresa autuada) pela Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRAS. Ou seja, a incorporação da empresa autuada somente deve ter ocorrido a partir de fevereiro de 2015. Os fatos geradores são de 2014 até janeiro de 2015. Nesta situação, se acaso, a afirmativa do deficiente é verdadeira, jamais poderia um documento fiscal de terceiro (empresa autuada) está registrado em outra empresa antes de sua efetiva incorporação.

Pelo exposto, mantendo parcialmente a autuação no valor de R\$13.245,41, conforme demonstrativo de débito constante das fls. 246/247 dos autos.

Em relação à infração 02 e a respeito dos argumentos materiais apresentados pelo impugnante:

1. O autuante analisou as 39 notas fiscais que disse o impugnante terem sido canceladas aceitando tal argumento.
2. No que tange às 04 NF-es que a empresa afirma terem sido escrituradas na PETROBRAS, o fiscal autuante não acata tal argumento com o mesmo teor daquele indicado na infração 01. Neste sentido, todas as colocações feitas no presente voto quanto a tal situação são, igualmente, válidas para o presente.
3. A respeito das "operações não reconhecidas" (12 documentos fiscais), o autuante acata a exclusão da NF-e nº 22, vez que aquela de nº 24 a cancelou. Mantém as demais (NF-es nºs 686, 385, 1921, 2444, 2886, 7084, 61540, 11853, 197, 947), pois o destinatário é a empresa autuada.
4. No que tange às notas fiscais nºs 1490, 8119, 16042, 19443 e 18454, diz que aquelas apresentadas (NF-es nºs 3862, 3873, 3874, 3876, 3872 - fls. 221/226) e escrituradas na EFD são notas fiscais de entradas referentes as NF-es de saídas das empresas que compraram energia do autuado objetivando a anulação de compra de energia elétrica. Acata os argumentos de defesa.

Diante de tal quadro e como parte dos argumentos do deficiente foi acatado pelo autuante após análise da escrita fiscal e documentos apresentados, somente posso o acolher, mantendo parcialmente a infração 02 no valor de R\$3.334,43, conforme demonstrativo de fls. 248/249 apensado aos autos.

Neste momento, observa-se que a empresa autuada foi intimada á conhecer a última informação prestada pelo autuante, porém não consta dos autos qualquer manifestação.

Por fim, o deficiente solicita, para as infrações 01 e 02, que sejam reduzidas as multas imputadas, nos termos das disposições do § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

É certo que a norma legal citada pelo deficiente facilita ao julgador cancelar ou reduzir as multas de caráter acessório. Entretanto, no caso específico, a multa aplicada é de 1% sobre o valor das mercadorias entradas no estabelecimento autuado e não registradas, havendo razoabilidade neste percentual, uma vez que ele, por si só, é de pouca monta, não havendo motivação para serem reduzidas.

A infração 03 diz respeito a falta de recolhimento do ICMS em razão da empresa ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escriturada.

O autuado não destacou o imposto nas operações que efetuou com a Biotank Resíduos Industriais e Marímos Ltda. para descarte de "Borra de Óleo" de sua produção.

Inicialmente a empresa confessa o cometimento da infração, inclusive afirma que iria recolher o imposto devido. Porém, quando de sua segunda manifestação, afirma que, ao analisá-la com maior cuidado, percebeu ser ela improcedente.

Apresenta aos autos cópia dos seguintes documentos:

1. Licenciamento Ambiental - Portaria INEMA nº 9067/2015 autorizando a Biotank a realizar este serviço de descarte (fl. 217)
2. Certificado da Biotank (nº 1026/2016) à empresa UTE Camaçari Muricy I (novo nome do autuado) de que realizou em 03/03/2016 o tratamento de 22.980 kg de resíduos oleoso da empresa (fl. 209).
3. Autorizações e notas fiscais à Biotank para coleta e entrega destes resíduos em 2016 (fls. 210/214).
4. Situação cadastral da Biotank junto à Receita Federal indicando que a mesma tem como atividade principal a coleta de resíduos perigosos.

O autuante, por seu turno, transcrevendo o art. 265, XX, do RICMS/12, informa que no site da ANP, a BIOTANK não aparece na Relação de Coletores de óleo lubrificante usado ou contaminado autorizados pela ANP, apresentando a relação existente no referido site (fls. 235/236).

Primeiramente é necessário pontuar que não se pode entender que o INEMA - Instituto do Meio Ambiente e Recursos Hídricos do Estado da Bahia autorizaria uma empresa a executar a coleta de resíduo de óleo lubrificante usado ou contaminado sem seguir todas as determinações legais que regem a matéria. Em assim sendo, o fato da pesquisa feita pelo autuante no site da ANP não tem o condão de sustentar a autuação.

No mais, o art. 265, XX, do RICMS/12 assim dispõe:

Art. 265. São isentas do ICMS:

XX - as saídas de óleo lubrificante usado ou contaminado, coletados por estabelecimento coletor cadastrado e autorizado pela Agência Nacional de Petróleo (ANP), com destino a estabelecimento re-refinador ou coleto-revendedor, devendo o trânsito dessas mercadorias até o estabelecimento destinatário ser acompanhado (Convs. ICMS 03/90 e 38/00):

- a) por Nota Fiscal Modelo 1 ou 1-A, relativa à entrada, dispensado o estabelecimento remetente da emissão de documento fiscal; ou
- b) por Certificado de Coleta de Óleo Usado emitido pelo coletor, observadas as disposições do Conv. ICMS 38/00;

Diante da norma legal e do certificado trazido pelo impugnante, a infração, de fato, restaria descharacterizada. No entanto, aqui existe um impedimento legal para se aceitar o argumento de defesa.

Ao analisar o Licenciamento Ambiental - Portaria INEMA nº 9067/2015 autorizando a Biotank a realizar este serviço de descarte, esta autorização somente se deu em 10/01/2015, através de publicação no Diário Oficial deste Estado. A autuação trata do período de 31/01/2014 até 21/05/2015.

Por tal motivo, somente as operações autuadas realizadas após 10/01/2015 é que devem ser excluídas da autuação, ou seja, aquelas do dia 21/01/2015 (NF-es nºs 4823, 4824 e 4826).

Em assim sendo, mantendo a autuação, conforme indicado no Auto de Infração para os meses de janeiro a dezembro de 2014 e, aquela relativa ao mês de janeiro de 2015 passa de R\$358,72 para R\$231,81, restando a infração procedente em parte no valor de R\$4.892,30.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do presente Auto de Infração para exigir a multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$16.579,84 (infrações 01 e 02) e o ICMS no valor de R\$4.892,30 referente à infração 03.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298620.0001/16-2, lavrado contra ENERGÉTICA CAMAÇARI MURICY I S.A., devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do ICMS no valor de **R\$4.892,30**, acrescido da multa de 60%, previstas no art. 42, VII, “a” da Lei 7.014/1996, e dos acréscimos legais, além das penalidades por descumprimento de obrigações acessórias no total de **R\$16.579,84**, prevista nos arts. 42, IX e XI da Lei 7.014/1996, com os acréscimos moratórios estatuídos na Lei 9.837/2005.

*ESTADO DA BAHIA
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL (CONSEF)*

Esta Junta de Julgamento recorre de Ofício desta decisão, para uma das Câmaras deste Conselho, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 01 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto n.º7.629/99, alterado pelo Decreto n.º 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/2011.

Sala das Sessões do CONSEF, de 27 outubro de 2016

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

VELTÉRCIO SERPA JUNIOR - JULGADOR