

PROCESSO - A.I. N° 326297.0011/15-5
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. PETROBRÁS (TERMINAL DE REGASEIFICAÇÃO DA BAHIA - TRBA)
RECORRIDOS - PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. PETROBRÁS (TERMINAL DE REGASEIFICAÇÃO DA BAHIA - TRBA) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 002-01/16
ORIGEM - SAT COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET 24/10/2016

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0214-11/16

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. 1. OPERAÇÕES SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. 2. OPERAÇÕES NÃO SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigações acessórias. Multas de 10% e 1% dos valores das operações não escrituradas. Aplicada à regra da retroatividade benigna na infração 01, tendo em vista as alterações da Lei nº 13.461/15. Documentos fiscais juntados em sede recursal comprovam a escrituração regular de parte das notas fiscais. Mantida a Decisão quanto à infração 1 e reformada em parte quanto a infração 2. Indeferido o pedido de restituição de indébito por falta de amparo legal. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/05/15, aplica multas por descumprimento de obrigações acessórias totalizando R\$717.926,45, em decorrência de duas infrações. Trata-se de Recurso de Ofício no que se refere à desoneração em parte dos valores exigidos nas infrações 1 e 2, e Recurso Voluntário relativo à Decisão da 1ª JJF, pela Procedência em Parte das mesmas infrações abaixo transcritas:

1. Entradas tributáveis sem registro na escrita. Multa, prevista no art. 42, IX da Lei nº 7.014/96 - R\$630.360,78.
2. Entradas não tributáveis sem registro na escrita. Multa, prevista no art. 42, XI da Lei nº 7.014/96 - R\$87.565,67.

Na Decisão proferida pela 1ª JJF (fls. 174 a 177), inicialmente foi afastado a preliminar de nulidade sob o argumento de que houve cerceamento do direito à ampla defesa e ao contraditório, por entender que para imposição da “*Multa aplicada*” foram corretamente indicados os incisos IX e XI do art. 42 da Lei nº 7.014/96, inexistindo ausência de fundamento.

Indeferiu o pedido para que fosse aplicada a multa prevista no inciso XV, “d” do mesmo artigo.

Também que a não manifestação do autuante quanto ao erro de soma, não configura ofensa ao contraditório, visto que na informação fiscal (fl. 154) foi dito que “*como os valores foram revistos, eventual desencontro foi corrigido (...)*”, rejeitando da mesma forma esta preliminar de nulidade.

Indeferiu o requerimento de dilação de prazo para defesa, justificando que já foram efetuadas duas manifestações por parte do autuado, com riqueza de detalhes e da mesma forma, negou o pedido de perícia, com fulcro no art. 147, I, “a” do RPAF-BA/99, por entender que todos os elementos necessários para formar a convicção dos membros daquela Junta de Julgamento.

No mérito, fundamentou que:

Referentemente à infração 01, em razão de o contribuinte ter colacionado as provas necessárias às fls. 127 e

151, o autuante deduziu de forma correta os valores relativos às Notas Fiscais nºs 2.184 (do fornecedor VANASA MULTIGAS, registrada em 29/11/2012 na unidade 237), 203 (SINOPEC PETROLEUM, registrada em 31/07/2012 na filial 236) e 1.813 (MKS CALDEIRARIA, registrada em setembro de 2013 na filial 236, de acordo com o arquivo LRE 09-2013 – Resp SST 1301389 do CD de fl. 151).

Devido à juntada das cópias do RE nos arquivos CÓPIA DO LRE DA NF452_Dev da NF 10806 e CÓPIA DO LRE DA NF460_Dev da NF 11006 no CD de fl. 127, expurgou as quantias das Notas Fiscais nºs 452 e 460, concernentes aos retornos das mercadorias designadas nas Notas Fiscais nºs 10.805 e 11.006.

Restou demonstrado que o fornecedor cancelou as Notas Fiscais de saída (de entrada no autuado) nºs 69.950, 69.949, 69.946, 69.943, 69.951 e 69.952, fato que levou a Fiscalização a deduzir apropriadamente as quantias correspondentes.

De idêntica forma, retirada a exigência referente às Notas Fiscais nºs 6.758, 6.754, 6.756, 6.755, 6.751, 6.757, 6.752, 6.750 e 6.753 (CONFAB INDUSTRIAL), porquanto emitidas para anular as saídas (não ocorridas) identificadas nas Notas Fiscais nºs 69.260, 69.267, 69.272, 69.270, 69.265, 69.266, 69.268, 69.271 e 69.269.

Em relação à segunda infração, o contribuinte não trouxe provas. Limitou-se a juntar documentos de controle interno e a reclamar da quantidade de notas fiscais, que inclusive não é expressiva. Nada apresentou para demonstrar que é verdadeira a sua alegação de que as demais notas (cujos valores não foram deduzidos das infrações 01/02) são decorrentes de prestações de serviços, cancelamentos dos fornecedores e de mercadorias não recebidas ou destinadas a outras filiais não situadas neste Estado.

A discussão acerca da incidência ou não do ICMS nas transferências interestaduais entre estabelecimentos de mesma titularidade implica na alocação das operações em uma ou em outra infração. Cabe ressaltar que este Conselho tem decidido com respaldo no art. 12, I da LC nº 87/1996 c/c art. 4º, I da Lei nº 7.014/1996, em virtude de que não prosperam os argumentos defensivos.

Quanto ao pedido de redução das multas, o art. 4º, § 4º, IV da Lei nº 7.014/1996 presume a omissão de saídas tributáveis, ou seja, falta de pagamento do tributo, sempre que houver entradas não escrituradas, sujeitas ou não à incidência do ICMS.

Acrescente-se a isso a falta de pagamento da antecipação parcial, caso as entradas não lançadas na escrita tenham sido de itens para revenda, ou da diferença de alíquotas, na hipótese de existirem entre as compras não contabilizadas, por exemplo, aquisições de materiais de uso e consumo ou de bens destinados ao ativo imobilizado.

Portanto, conclui não estar presente um dos requisitos estatuídos no art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/1996, que das infrações não tenha resultado falta de pagamento do imposto.

Entretanto, deve ser observado que o inciso IX do art. 42 da Lei nº 7.014/1996, que estabelece a penalidade pela falta de registro das operações tributáveis, foi alterado por intermédio da Lei nº 13.461, de 10/12/2015, publicada no Diário Oficial do Estado de 11/12/2015, com efeitos a partir dessa data (redução de 10% para 1% no percentual da multa).

"Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas: (...); IX - 01% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos à tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal; (...)".

Aplico o princípio da retroatividade benigna, previsto no art. 106 do Código Tributário Nacional, acolhendo a revisão de fls. 155/156, elaborada pelo auditor, de modo que - com o uso do percentual de 1%, ao invés de 10%, o valor exigido na infração 01 seja alterado para um décimo das quantias ali designadas (em cada período de apuração), totalizando R\$42.997,56.

Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no montante de R\$130.563,23 (R\$42.997,56 na infração 01 e R\$87.565,67 na infração 02).

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, "a", item 1, do RPAF/BA.

No Recurso Voluntário interposto (fls. 188/196), o sujeito passivo comenta a sua tempestividade, as infrações, julgamento na primeira instância e informa que aderiu, na sua quase totalidade, os débitos cobrados neste processo, nos termos dos benefícios auferidos através da Lei nº 12.903/13, de acordo com documentos anexados aos autos, fls. 217 a 218.

Diz que no caso em análise, em 18/12/15 efetuou o recolhimento integral do débito no valor de R\$97.162,99, conforme DAE acostado ao processo, correspondente a 85% da redução do débito.

Porém, não foram reconhecidos os valores relativos à infração 2, pertinentes às operações com as notas fiscais dos seguintes números, pelos seguintes motivos:

- a) 2.875: Fornecedor AD Comércio de Materiais de limpeza – valor de R\$232,31 – foi registrada em 13/11/13, na filial unidade 236;
- b) 496: Fornecedor PPL Comercial Eletrônica – valor R\$241.944,00 – foi registrada em 05/12/13 na filial 230;
- c) 11.282: Fornecedor Lupatech S.A - valor de R\$1.968,90, foi registradas em 09/04/13 na filial 0236.

Afirma que uma vez demonstrada à devida escrituração das notas fiscais, deve ser julgada improcedente a aplicação da multa nestas situações acima expostas.

Comenta que a Lei nº 13.461/15 reduziu o porcentual da multa prevista no art. 42, IX da Lei nº 7.014/96, do porcentual de 10% para 1% e deve ser aplicado o princípio da retroatividade benigna prevista no art. 106, II, “c” do CTN.

Ressalta que a mesma entrou em vigor antes de 11/12/15, quando entrou em vigor o Programa Concilia Bahia (Lei nº 13.449/15).

Por fim, requer a improcedência relativa aos valores remanescentes da infração 2.

Pleiteia ainda, que seja reconhecido o direito da restituição de crédito, uma vez que efetuou pagamento a mais no momento que aderiu ao Concilia Bahia, visto que vigia a Lei nº 13.461/15, que reduziu o porcentual da multa de 10% para 1% e que deve ser considerado no cálculo da redução de 85% da multa estabelecida pela Lei nº 13.449/15. E que se admitido o Recurso de Ofício, que seja intimada para contrarrazoar.

A PGE/PROFIS no Parecer de fls. 323/324 pontua que em relação ao pedido da improcedência total da infração 2, relativo à entrada de mercadoria sem registro na escrita fiscal, o recorrente aduziu que as Notas Fiscais de nºs 2.875, 496 e 11.282, foram devidamente escrituradas.

Diante do exposto, opina pela conversão do feito em diligência fiscal.

Em 31/08/16 a Conselheira Rosany Nunes de Mello Nascimento, submeteu o processo a pauta suplementar e relatou que quanto às mencionadas notas fiscais que o recorrente alegou terem sido escrituradas, foi juntado ao processo cópia do livro REM do estabelecimento com Inscrição Estadual nº 02.604.576, no qual foram escrituradas as Notas Fiscais de nºs 2875 e 496 (fls. 123 e 113 do LRE) e a Nota Fiscal nº 11282 foi escriturada na fl. 3 do LRE com Inscrição Estadual nº 10.578.478, que são estabelecimentos distintos do estabelecimento autuado.

Disse que diante de tais constatações, retorna o processo a PGE/PROFIS para novo Parecer.

A PGE/PROFIS no Parecer de fls. 132/133 inicialmente comenta a infração, razões de defesa, adesão ao Programa Concilia Bahia promovendo o pagamento integral do débito.

Com relação à infração 2, discorre sobre a argumentação recursal de que promoveu a escrituração das Notas Fiscais nºs 2875, 496 e 11.282 nas inscrições estaduais acima indicadas e opina “pela exclusão do Auto de Infração”.

No que se refere à infração 1, afirma que no julgamento promovido pela 1ª JJF, foi aplicado o princípio da retroatividade benigna, no qual a multa aplicada de 10% foi reduzida para o porcentual de 1%, totalizando R\$42.997,56 e que tendo o contribuinte promovido o pagamento integral do débito [com redução de 85% previsto na Lei nº 13.449/15], não conhece o pedido de restituição, visto que a operacionalização deste pedido é previsto no art. 79, I do RPAF/BA, a quem compete fazê-lo.

Por fim, opina pelo conhecimento e Não Provimento do Recurso Voluntário.

A Procuradora Assistente da PGE/PROFIS (fl. 136) acolheu o Parecer.

Em virtude do afastamento da Conselheira Rosany Nunes de Mello Nascimento, o processo foi devolvido a Secretaria do CONSEF, e redistribuído ao Relator.

VOTO

O Auto de Infração acusa aplicação de multas por descumprimento de obrigações acessórias por não ter registrado entrada de mercadorias tributáveis (infração 1) e não tributáveis (infração 2).

No que se refere ao Recurso de Ofício interposto pela 1^a JJF, relativo à infração 1, cujo valor original de R\$630.360,78 foi reduzido para R\$42.997,55 em função da comprovação da escrituração de algumas notas fiscais e da aplicação do princípio da retroatividade benígna, visto que a multa de 10% prevista no artigo 42, IX da Lei nº 7.014/96 ter sido reduzida para o porcentual de 1%.

Pela análise dos elementos contidos no processo constato que:

- a) O estabelecimento autuado na defesa (fls. 21 a 62) e na manifestação de fls. 142 a 148 comprovou que as Notas Fiscais de nºs 2.184, 203 e 1.813 foram registradas em estabelecimentos filiais e excluiu as notas fiscais relativas a: (i) devoluções (452 e 10806; 460 e 11.006 - CD de fl. 127); (ii) retorno do fornecedor (452 e 460) consignadas nas Notas Fiscais nºs 10.805 e 11.006; (iii) cancelamento do fornecedor (69.950, 69.949, 69.946, 69.943, 69.951, 69.952, 6.758, 6.754, 6.756, 6.755, 6.751, 6.757, 6.752, 6.750, 6.753, para anular as saídas não ocorridas de nºs 69.260, 69.267, 69.272, 69.270, 69.265, 69.266, 69.268, 69.271 e 69.269.
- b) Em função da alteração promovida pela Lei nº 13.461/15, com efeitos a partir de 11/12/15, o porcentual da multa de 10% prevista no art. 42, IX da Lei nº 7.014/96 foi reduzido para o porcentual de 1%, o que foi acolhido para aplicação na base de cálculo remanescente.

Pelo exposto, constato que a redução do débito de R\$630.360,78 para R\$42.997,55, promovido no julgamento da primeira instância, decorreu de comprovações materiais do registro regular de parte de notas fiscais em livros próprios, relacionadas no levantamento fiscal e aplicação do princípio da retroatividade benígna prevista no art. 106, do CTN.

Assim sendo, não dou provimento ao Recurso de Ofício, ficando mantida a Decisão pela desoneração de parte dos valores exigidos.

Quanto ao Recurso Voluntário interposto, o sujeito passivo alegou que com relação à infração 2:

- 1) As Notas Fiscais de nºs 2.875, 496 e 11.282 foram registradas nas filiais das unidades 236 e 230.
- 2) Aderiu aos benefícios fiscais concedidos pela Lei nº 12.903/13 (fls. 217 a 218), efetuou o recolhimento integral do débito com redução de 85%, e requer a restituição de indébito, em razão de ter efetuado pagamento em valor maior que o aderido no Concilia Bahia.

Com relação ao primeiro argumento, constato que o mesmo foi apresentado na defesa inicial (fl. 46) e não foi acolhida pelo autuante (fl. 132) sob alegação de falta de provas.

Na manifestação acerca da informação fiscal (fl.146), foi reapresentado, refutado pelo autuante na segunda informação fiscal (fl.154) e contestado pelo autuado (fl.167), requerendo perícia.

Na Decisão proferida (fl. 176) a 1^a JJF não acatou este argumento sob o fundamento de que o “*contribuinte não trouxe provas*”, as quais foram apresentadas no Recurso Voluntário, ou seja, cópias dos LRE (gravado na mídia de fl. 219), cujas folhas pertinentes reproduzo abaixo:

Contribuinte : PETROLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRAS - 0236 1 - Inscr.Est. : 02604576 CNPJ : 33.000.167/0236-67 2

Folha : 117 Mes ou Periodo/ano : 01/04/2013 - 30/04/2013 3 - Operações sem Credito de Imposto - Outras

09/04/2013 NFE 002 000011282 23/03/2013 10133644 SP 241.944,00 2916 ICMS 3 241.944,00 0,00 0,00 20

Contribuinte : PETROLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRAS - 0236 1 - Inscr.Est. : 02604576 CNPJ : 33.000.167/0236-67 2

Fls: 123 Mes ou Periodo/ano : 01/11/2013 - 30/11/2013 3 - Operações sem Credito de Imposto - Outras

13/11/2013 NFE 001 000002875 04/11/2013 10167579 BA 232,31 1556 ICMS 2 232,31 0,00 0,00 IPI 2 232,31 0,00

Contribuinte : PETROLEO BRASILEIRO S/A - 0230 1 -Inscr.Est. : 10578478 CNPJ : 33.000.167/0230-71 2 – Folha : 3
Mes ou Periodo/ano : 01/12/2013 - 31/12/2013 3 - Operações sem Credito de Imposto -Outras

05/12/2013 NFE 001 000000496 23/11/2013 10097719 BA 1.968,90 1556 ICMS 2 1.968,90 0,00 0,00 IPI 2 1.968,90 0,00

Pelo exposto, acompanho o opinativo da PGE/PROFIS (fls. 132/133) no qual reconheceu que as Notas Fiscais de nºs 2875, 496 e 11.282 foram regularmente escrituradas em estabelecimentos da

empresa e promovo a exclusão dos valores correspondentes, no demonstrativo a ser apresentado no final do voto.

Com relação ao segundo argumento de que aderiu aos benefícios fiscais concedidos pela Lei 12.903/13, efetuou o recolhimento integral do débito e requer a restituição de indébito, por ter pago montante maior do que o que foi julgado na infração 1 (redução do porcentual de 10% para 1%), não pode ser acolhido tendo em vista que o art. 3º, §2º da Lei nº 13.449/15 previa que:

§ 2º É requisito necessário para realização da transação judicial ou extrajudicial dos débitos inscritos em dívida ativa prevista nesta Lei a expressa declaração do sujeito passivo, reconhecendo a procedência do lançamento tributário que tenha dado origem ao processo, devendo ainda requerer a desistência de todas as ações judiciais que lhe sejam correlatas e efetuar o pagamento das despesas judiciais respectivas.

Portanto, no momento que optou pelo pagamento de parte da multa que foi exigida, com redução do débito, houve reconhecimento do lançamento no que se refere aos valores pagos.

Com relação ao pedido de restituição de indébito, não pode ser acolhida em razão de falta de previsão legal para ser feita neste processo. Conforme posicionamento da PGE/PROFIS o pedido de restituição de indébito, deve ser feito em processo diverso de acordo como o previsto no art. 79, I do RPAF/BA, a quem compete fazê-lo.

Assim sendo, tomo como base o demonstrativo original e faço a exclusão dos valores relativos às notas fiscais que comprovou a escrituração, o que reduz o débito da infração 2 de R\$87.565,67 para R\$85.124,22 conforme planilha abaixo:

| Data Ocorr | Data Vencto | a) BC/Autuada | b) Exclusão | Nota Fiscal | BC/devida (a-b) | Multa % | Valor devido |
|------------|-------------|---------------|-------------|-------------|-----------------|---------|------------------|
| 30/09/2012 | 30/09/2012 | 13.000,00 | | | 13.000,00 | 1,00% | 130,00 |
| 28/02/2013 | 28/02/2013 | 118.974,07 | | | 118.974,07 | 1,00% | 1.189,74 |
| 31/03/2013 | 31/03/2013 | 241.944,00 | | | 241.944,00 | 1,00% | 2.419,44 |
| 30/04/2013 | 30/04/2013 | 1.372.793,75 | 241.944,00 | 11282 | 1.130.849,75 | 1,00% | 11.308,50 |
| 31/05/2013 | 31/05/2013 | 3.400,00 | | | 3.400,00 | 1,00% | 34,00 |
| 31/10/2013 | 31/10/2013 | 1.781.729,58 | | | 1.781.729,58 | 1,00% | 17.817,30 |
| 30/11/2013 | 30/11/2013 | 5.146.971,45 | 232,31 | 2875 | 5.146.739,14 | 1,00% | 51.467,39 |
| 31/12/2013 | 31/12/2013 | 77.753,52 | 1.968,90 | 496 | 75.784,62 | 1,00% | 757,85 |
| Total | | | | | | | 85.124,22 |

Por tudo que foi exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, com redução do débito da infração 2, de R\$87.565,67 para R\$85.124,22.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 326297.0011/15-5, lavrado contra **PETRÓLEO BRASILEIRO S/A. - PETROBRÁS (TERMINAL DE REGASEIFICAÇÃO DA BAHIA - TRBA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$128.121,78**, previstas no art. 42, incisos IX e XI, da Lei nº 7.014/1996, com os acréscimos moratórios estatuídos na Lei nº 9.837/2005, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de setembro de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS