

A. I. N° - 298922.3002/16-0
AUTUADO - PETRÓLEO BRASILEIRO S/A
AUTUANTE - LUCIANA MATHIAS DE ALMEIDA
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 07/03/2017

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0013-03/17

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1%, calculada sobre o valor comercial das mercadorias que tenham entrado no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal. Os cálculos foram refeitos para excluir as notas fiscais comprovadas pelo autuado. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/06/2016, refere-se à exigência de multa no valor total de R\$50.646,88, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 16.01.01: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de março a dezembro de 2015. Multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$25.096,14.

Infração 02 – 16.01.02: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de fevereiro a dezembro de 2015. Multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$25.550,74.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 23 a 48 do PAF. Comenta sobre a tempestividade da defesa e informa que apresenta em disco de armazenamento cópia da defesa, cumprindo assim com a exigência constante no art. 8º do RPAF/BA.

Também comenta sobre o devido processo legal e diz que na presente autuação a autuante compilou duas infrações fiscais em um único auto de infração, o que dificulta, sobremaneira, a apresentação da respectiva impugnação.

Diz que se trata de infrações de diversas naturezas, envolvendo diferentes discussões e abordagens jurídicas, que dificultam a apresentação da impugnação administrativa. Afirma que a autoridade fiscal procedeu ao lançamento de duas exigências fiscais diferentes, havendo sete autuações em um único auto de infração.

Entende que foi limitado o seu direito ao contraditório e ampla defesa, porque, além de dificultar o conhecimento dos atos, inserindo diversas infrações em um único auto de infração, também dificultou a apresentação da defesa por envolver várias situações jurídicas. Diz que é o caso de se proceder a anulação do auto de infração, afirmando que houve ofensa ao direito fundamental ao contraditório e ampla defesa, porque foi limitado o seu direito de analisar os fatos e apresentar a respectiva impugnação.

Informa que tomou conhecimento do auto de infração em 01/07/2016, e foi solicitado internamente na empresa, que buscassem os registros das 220 notas fiscais, tendo sido encontrado o registro de 93 notas fiscais, lançadas extemporaneamente. Também informa que após busca em seus

registros, foram identificadas 56 notas fiscais referentes a operações de transferências entre filiais da Petrobrás não escrituradas, porque o responsável pelo registros das notas fiscais não utilizou o código movimento correto.

Quanto à infração 01, o deficiente suscita em sua defesa os seguintes argumentos:

1. 29 notas fiscais, foram encontrados registros extemporâneos.
2. 28 notas fiscais estão com status de “Operação não realizada no site da nota fiscal eletrônica”.

O deficiente também alegou que foram constatadas notas fiscais canceladas e devolvidas; notas fiscais decorrentes de cancelamento pelo fornecedor; mercadorias não recebidas pela Petrobrás ou destinadas a outras filiais, não situadas no Estado da Bahia; e outras notas são de prestação de serviço ou outras situações que possam ter ensejado a falta de registro das mesmas na EFD.

Transcreve o art. 155, II da Constituição Federal e diz que entre as operações jurídicas que dão azo à cobrança de ICMS, destaca-se a compra e venda mercantil. Afirma que, devolvida a mercadoria ou cancelado o negócio de compra e venda, inexistindo a transferência da mercadoria do vendedor ao comprador, indevida a incidência do ICMS uma vez que houve desfazimento do negócio jurídico.

Cita uma decisão do Superior Tribunal de Justiça no REsp 953.0011/PR e afirma que as operações canceladas ou de devolução de mercadorias não constituem fatos geradores do ICMS, ao contribuinte não podem se imputadas multas previstas na legislação cujo objetivo é coibir a venda de mercadorias não escrituradas.

Comenta sobre a questão de transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, citando o art. 114 do Código Tributário Nacional – CTN e ensinamentos dos mestres do Direito Tributário. Fala sobre o conceito de operação, circulação e mercadoria e transcreve o entendimento da jurisprudência pátria.

Diz que a doutrina e a jurisprudência são unâimes ao mencionarem que a transferência de produtos entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica não constitui hipótese de incidência prevista pela Constituição Federal em relação ao ICMS. Cita uma decisão da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, reduzindo a penalidade por se tratar de operações de circulação de mercadorias apenas para armazém geral.

Requer seja julgada improcedente a autuação, 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 disposto no § 7º do art. 42 da Lei 7.014/96.

No tocante à infração 02, alega que após análise das 163 notas fiscais eletrônicas relacionadas, evidencia as seguintes situações:

1. 64 notas fiscais, foram encontrados os registros extemporâneos;
2. 43 notas fiscais estão com o status de “operação não realizada” no portal da nota fiscal eletrônica da SEFAZ, emitidas por fornecedores;
3. 56 notas fiscais tratam de operações entre filiais, transferências. Diz que embora as gerências tenham identificado problema interno no manuseio do SAP, que acabou não gerando os devidos registros de entrada das referidas notas fiscais.

Alega que as demais notas fiscais relacionadas são decorrentes de cancelamento pelo fornecedor; mercadorias não recebidas ou destinadas a 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.

Volta a comentar sobre a devolução de mercadorias e transferências entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, apresentando o posicionamento da doutrina e jurisprudência. Pede a

improcedência desta infração ou, alternativamente, que seja reduzida a multa imputada, conforme disposto no § 7º do art. 42 da Lei 7.014/96.

Por tudo quanto exposto, requer sejam acolhidas as preliminares de nulidade argüidas; a concessão de oportunidade para se manifestar sobre as informações fiscais. Finalmente, requer a improcedência da autuação, afirmando que não houve qualquer descumprimento da legislação tributária e tampouco falta de recolhimento do ICMS.

A autuante presta informação fiscal às fls. 76/77 dos autos, refutando a preliminar de nulidade, afirmando que o PAF está devidamente instruído, respeitando os princípios do contraditório e da ampla defesa. Diz que o deficiente foi intimado em 19/04/2016, tendo confirmado a ciência do início da ação fiscal pelo Domicílio Tributário Eletrônico – DTE, em 25/04/2016. Houve trocas de mensagens por e-mails entre a fiscalização e prepostos da empresa, que acompanharam passo a passo os levantamentos efetuados, inclusive com oportunidade para se manifestar acerca dos mesmos, antes da lavratura do Auto de Infração.

Sobre a alegação de que a autoridade fiscal procedeu ao lançamento de duas exigências fiscais diferentes, havendo sete autuações em um único auto de infração, afirma que provavelmente a defesa não analisou com o devido cuidado o presente auto de infração, haja vista que são apenas duas infrações, detalhadamente descritas no corpo do auto, e sobre as quais a empresa já tinha conhecimento antes mesmo da lavratura.

No mérito, informa que após cuidadosa análise da defesa, identificou que, efetivamente, há notas fiscais canceladas e outras lançadas na EFD, em meio às cobradas pela fiscalização. Observa que muitas das notas fiscais foram lançadas em período posterior ao da entrada dos itens na empresa e, até mesmo, no exercício seguinte ao da fiscalização, fato constatado após a verificação na EFD de 2016. Diz que procedeu à elaboração de novo demonstrativo, com discriminação das notas fiscais mantidas na cobrança, cujo valor histórico passa a ser R\$8.026,89, referente às duas infrações.

Informa que a nota fiscal identificada à página 29 como sendo de numeração 173815 é, na verdade, a Nota Fiscal 173185, considerada no novo levantamento. Ressalta que no item 5.3 da defesa, o autuado menciona 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.

Diz que não está em discussão a obrigação principal de recolhimento do imposto, mas, tão somente, o descumprimento da obrigação acessória, prevista no RICMS-BA/2012, art. 217, I, de registro de todas as entradas no estabelecimento do contribuinte. Reproduz o mencionado dispositivo regulamentar.

Afirma que a jurisprudência trazida à colação pelo deficiente é atinente à obrigação principal de pagamento do ICMS, ao fato gerador do imposto, e não, obrigação acessória de registro das notas fiscais de entradas e saídas. Cita decisão da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF e diz que a defesa apresenta a mesma linha de entendimento no sentido de que a cobrança da multa por falta de registro de notas fiscais tem apenas reduzido o percentual da multa de 10% para 1%, conforme a alteração da legislação por meio da Lei 13.461, de 10/12/2015.

Pede a manutenção parcial do presente lançamento com redução do valor das notas fiscais excluídas do levantamento fiscal, que passa a totalizar o valor histórico de R\$8.026,89.

Intimado sobre a informação fiscal, o deficiente se manifestou à fl. 84, requerendo a juntada da NF-e 70611 (fls. 85/91), para comprovar que a operação não foi realizada, conforme documentação que demonstra a escrituração.

Nova informação fiscal foi prestada pela autuante à fl. 98, dizendo que a referida NF-e encontra-se em situação de autorizada, tanto no ambiente nacional (Receita Federal) como no da

SEFAZ/BA. Diz que uma breve análise dos julgadores irá comprovar a veracidade dessa informação, bem como a intenção protelatória da manifestação apresentada pelo defendant.

Reafirma os termos da informação fiscal prestada anteriormente e requer o encaminhamento do presente processo para julgamento.

VOTO

O defendant suscitou a nulidade do presente Auto de Infração alegando que se trata de infrações de diversas naturezas, envolvendo diferentes discussões e abordagens jurídicas, que dificultam a apresentação da impugnação administrativa. Afirmou que a autoridade fiscal procedeu ao lançamento de duas exigências fiscais diferentes, havendo sete atuações em um único auto de infração.

Disse que foi limitado o seu direito ao contraditório e ampla defesa, porque, além de dificultar o conhecimento dos atos, inserindo diversas infrações em um único auto de infração, também dificultou a apresentação da defesa por envolver várias situações jurídicas. Apresentou o entendimento de que se deve proceder a anulação do auto de infração, afirmando que houve ofensa ao direito fundamental ao contraditório e ampla defesa, porque foi limitado o seu direito de analisar os fatos e apresentar a respectiva impugnação.

Não acato a alegação defensiva, considerando que foram indicadas neste Auto de Infração apenas duas infrações relacionadas à entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação e não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, inexistindo dificuldade para compreensão de tais fatos.

Sobre o enquadramento legal da irregularidade constatada foram indicados os artigos 217 e 247 do RICMS-BA/2012, Decreto 13.780/2012, estando os mencionados dispositivos em conformidade com a matéria tratada na autuação fiscal.

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

Por outro lado, no processo administrativo fiscal é que se deve adotar o princípio do contraditório, considerando que de acordo com o art. 121, inciso I do RPAF/BA, instaura-se o processo administrativo fiscal para solução de litígios entre o fisco e o contribuinte, quando da apresentação da defesa, por escrito, impugnando o lançamento do crédito tributário efetuado mediante Auto de Infração, o que foi observado no presente PAF.

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

Não se constatou a necessidade da realização de diligência ou perícia, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para análise do mérito da autuação e conclusões acerca da lide. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos e demonstrativos acostados aos autos, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não houve dúvidas quanto à correção dos demonstrativos elaborados pela autuante.

No mérito, as infrações 01 e 02 serão analisadas conjuntamente, tendo em vista que a caracterização dessas infrações foi efetuada mediante levantamento fiscal relacionado à entrada

no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação e não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, tendo sido utilizados, inclusive, os dados e documentos fornecidos pelo contribuinte.

Infração 01: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de março a dezembro de 2015. Multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$25.096,14.

Infração 02: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de fevereiro a dezembro de 2015. Multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$25.550,74.

Quanto à infração 01, o defensor alegou que em relação a 29 notas fiscais foram encontrados registros extemporâneos e 28 notas fiscais estão com status de “Operação não realizada no site da nota fiscal eletrônica”.

Afirmou que, devolvida a mercadoria ou cancelado o negócio de compra e venda, inexistindo a transferência da mercadoria do vendedor ao comprador, indevida a incidência do ICMS uma vez que houve desfazimento do negócio jurídico.

No tocante à infração 02, alegou que após análise das 163 notas fiscais eletrônicas relacionadas, constatou que 64 notas fiscais foram encontrados os registros extemporâneos; e 43 notas fiscais estão com o status de “operação não realizada” no portal da nota fiscal eletrônica da SEFAZ, emitidas por fornecedores;

Também afirmou que 56 notas fiscais tratam de operações entre filiais, transferências. Disse que embora as gerências tenham identificado problema interno no manuseio do SAP, que acabou não gerando os devidos registros de entrada das referidas notas fiscais.

Alegou que as demais notas fiscais relacionadas são decorrentes de cancelamento pelo fornecedor, mercadorias não recebidas ou destinadas a 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.

A autuante informou que após cuidadosa análise da defesa, identificou que, efetivamente, há notas fiscais canceladas e outras lançadas na EFD, em meio às cobradas pela fiscalização. Observou que muitas das notas fiscais foram lançadas em período posterior ao da entrada dos itens na empresa e, até mesmo, no exercício seguinte ao da fiscalização, fato constatado após a verificação na EFD de 2016. Disse que procedeu à elaboração de novos demonstrativos (fls. 78/79), com discriminação das notas fiscais mantidas na cobrança, cujo valor histórico passa a ser R\$8.026,89, referente às duas infrações.

Na manifestação à fl. 84, o defensor requereu a juntada da NF-e 70611 (fls. 85/91), alegando que a operação não foi realizada, conforme documentação que demonstra a escrituração. Entretanto, na informação fiscal foi prestada à fl. 98, a autuante disse que a mencionada NF-e encontra-se em situação de autorizada, tanto no ambiente nacional (Receita Federal) como no da SEFAZ/BA.

Conforme art. 92 do RICMS-BA/2012, após a concessão de Autorização de Uso da NF-e, o emitente poderá cancelar o respectivo documento eletrônico em prazo não superior a 24 (vinte e quatro) horas, contado do momento em que foi concedida a Autorização de Uso da NF-e, desde que não tenha ocorrido a circulação da mercadoria.

Neste caso, embora o autuado tenha apresentado cópia do documento às fls. 85/90 com a informação de que a operação não foi realizada, com a justificativa de que está pendente de recebimento, não consta no Sistema de Nota Fiscal Eletrônica que o remetente tenha providenciado o cancelamento do referido documento fiscal.

Dessa forma, acompanho o posicionamento da autuante de que pela não exclusão da referida NF-e, que se encontra em situação de autorizada, tanto no ambiente nacional (Receita Federal) como no da SEFAZ/BA.

Observo que a legislação vigente prevê aplicação de multa, calculada sobre o valor comercial da mercadoria que tenha entrado no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, sendo 1% para mercadorias sujeitas a tributação e para mercadorias não tributáveis (art. 42, incisos IX e XI, da Lei 7.014/96).

O defensor requer seja reduzida a multa imputada, conforme disposto no § 7º do art. 42 da Lei 7.014/96. Não acolho a alegação defensiva, considerando que não se pode dizer que o descumprimento da obrigação acessória não causou prejuízo ao erário estadual e não impediu o trabalho da fiscalização, considerando a necessidade da realização de auditorias fiscais e contábeis para verificar a correção do imposto recolhido pelo Contribuinte.

Acato as informações prestadas pela autuante e conluso pela subsistência parcial das infrações 01 e 02, de acordo com os valores apurados no demonstrativo da autuante às fls. 78/79.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298922.3002/16-0, lavrado contra **PETRÓLEO BRASILEIRO S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa no valor total de **R\$8.026,87**, prevista no art. 42, incisos IX e XI, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de janeiro de 2017

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA