

A. I. N° - 298663.0002/14-8
AUTUADO - PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRÁS
AUTUANTES - MARCO AURÉLIO PAUL CRUZ, JUDSON CARLOS SANTOS NERI, TÂNIA MARIA
- SANTOS DOS REIS e CLÁUDIO MEIRELLES MATTOS.
ORIGEM - SAT / COPEC
PUBBLICAÇÃO - INTERNET – 23.11.2018

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0176-04/18

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NA EFD. **a)** MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. **b)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Descumprimento de obrigação acessória. Multas de 10% e de 1% do valor comercial das mercadorias não registradas. Autuado comprovou a escrituração de parte das notas fiscais, bem como a ocorrência de cancelamento de documento fiscal. Diligência fiscal realizada reduziu o valor de ambas as penalidades. Não acolhidas às arguições de nulidade. Adequação da penalidade aplicada em relação à infração 01 por força de alteração na legislação tributária, com base no Art. 106, I do CTN. Indeferido o pedido de redução das penalidades com fulcro no § 7º, do Art. 42 da Lei nº 7.014/96. Infrações parcialmente subsistentes. 2. LIVRO FISCAL. ESCRITURAÇÃO IRREGULAR. MULTA. Fato reconhecido. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MATERIAL PARA USO OU CONSUMO. **b)** DESTAQUE A MAIOR DO IMPOSTO NO DOCUMENTO FISCAL. Fatos não impugnados. **c)** falta de apresentação do competente documento comprobatório do direito ao crédito. Acusação não elidida. 4. ESTORNO DE DÉBITO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO. Item reconhecido. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência foi expedido em 22/12/2014, objetivando reclamar crédito tributário no total de R\$1.867.146,23, tendo em vista as seguintes acusações:

1 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) sujeita(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, conforme demonstrativo Anexo "A". Foi aplicada penalidade no valor de R\$884.580,93 equivalente a 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas, com previsão no Art. 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96.

2 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não sujeita(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, conforme demonstrativo Anexo "B". Foi aplicada penalidade no valor de R\$935.476,30 equivalente a 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas, com previsão no Art. 42, inciso XI da Lei nº 7.014/96.

3 - Escriturou livro fiscal em desacordo com as normas regulamentares. Deixou de escriturar notas fiscais eletrônicas de resarcimento conforme demonstrativo Anexo "C". Foi aplicada penalidade no valor de R\$140,00 com previsão no Art. 42, inciso XVIII, alínea "b" da Lei nº 7.014/96.

4 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no valor de R\$17,99 referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, conforme demonstrativo Anexo "E". Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso VII, alínea "a" da Lei nº 7.014/96.

5 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no valor de R\$11.918,27 em decorrência de destaque de imposto a mais em documento fiscal , conforme demonstrativo Anexo "F". Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso VII, alínea "a" da Lei nº 7.014/96.

6 - Efetuou estorno de débito de ICMS no valor de R\$14,94 em desacordo com a legislação deste imposto, conforme demonstrativo Anexo "G". Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea "f" da Lei nº 7.014/96.

7 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no valor de R\$34.997,80 sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. NFe canceladas refistadas na EFD 2012. Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso VII, alínea "a" da Lei nº 7.014/96.

O autuado ingressou com impugnação parcial ao lançamento, fls. 195 a 214, onde, após algumas considerações iniciais e elaboração de uma síntese da autuação, declarou o reconhecimento integral das infrações 03, 04 e 06, e o reconhecimento parcial da infração 07 no valor de R\$19.803,13, declarando que tão logo quitado o respectivo valor efetuará a juntada do comprovante do pagamento.

Em seguida, passa a arguir a nulidade das infrações 01 e 02 decorrentes de dois fatores:

- (a) incongruência entre os fatos descritos pelos autuantes e sua respectiva previsão legal e,
- (b) ausência de especificação/indicação dos dispositivos legais correspondentes à conduta praticada pela autuada e consideradas pelos autuantes como infracionais (o Auto traz apenas referência genérica ao art. 322 do RICMS, fazendo menção tão somente a “*incisos e parágrafos*”, mas deixando de especificá-los).

Justifica o pedido inerente ao item "a" citando que o fato descrito, segundo apontado pelos autuantes, estaria tipificado no art. 322, incisos e parágrafos do RICMS aprovado pelo Decreto 6.284/97, sendo que, este artigo refere-se tão somente à destinação do livro de Registro de Entradas, declarando sua serventia, não havendo nesse artigo a descrição de qualquer conduta a ser praticada pelo contribuinte.

Após transcrever o art. 322 do RICMS/BA, assevera que esse dispositivo regulamentar não obriga o contribuinte a adotar esta ou aquela providência quanto à escrituração fiscal de suas operações, mas, apenas, informa a destinação do livro Registro de Entradas. Acrescenta que sem embargo do argumento acima, ainda que se admita a referência ao art. 322 do RICMS/BA, constata-se a ausência de especificação/indicação exata dos dispositivos legais correspondentes à conduta que praticou e consideradas pelo fisco como infracionais, e menciona os requisitos de validade estabelecidos pelo art. 39 do RPAF/BA. Neste contexto, tece outras considerações e conclui requerendo a nulidade das infrações de nº 01 e 02, com o afastamento das respectivas cobranças.

Em seguida, voltou a arguir a nulidade da infração 01 citando que após criteriosa Análise Técnica que realizou detectou que:

- a) *Foi identificada a escrituração de diversas notas fiscais conforme informações constantes na planilha em anexo (Infração 01), onde constam a data e a filial da respectiva escrituração fiscal. Valor R\$221.379,88;*
- b) *Foram identificadas duas notas fiscais (17442-1 e 17544-1) canceladas pelo próprio emitente do documento fiscal. Desta forma, devem ser desconsideradas tais notas fiscais da autuação. Valor R\$28.397,90;*
- c) *Para as demais notas fiscais podem existir notas fiscais canceladas pelo fornecedor, mercadorias não recebidas pela Petrobras ou destinadas a outras filiais da Petrobras não situadas no Estado da Bahia, notas fiscais de prestação de serviço ou outras situações que*

possam ter ensejado a falta de registro das mesmas na EFD da Petrobras. Valor R\$ 634.803,16.

Da mesma forma acima mencionada, pleiteia a nulidade da infração 02 ao arguir que:

a) Foi identificada a escrituração de diversas notas fiscais conforme informações constantes na planilha em anexo (Infração 02), onde constam a data e a filial da respectiva escrituração fiscal. Valor R\$125.414,65.

b) Para as demais notas fiscais cuja escrituração não foi localizada, podem existir notas fiscais canceladas pelo fornecedor, mercadorias não recebidas pela Petrobras ou destinadas à outras filiais da Petrobras não situadas no Estado da Bahia, notas fiscais de prestação de serviço ou outras situações que possam ter ensejado a falta de registro das mesmas na EFD da Petrobras. Valor R\$810.061,65.

Passa a requerer a improcedência das infrações 01 e 02, ao argumento da existência de notas fiscais devidamente escrituradas no período de 2012, voltando a mencionar que foi identificada a escrituração de diversas notas fiscais conforme informações constantes na planilha em anexo (Infração 01), onde constam a data e a filial da respectiva escrituração fiscal, no valor R\$ 221.379,88, bem como na infração 02, onde constam a data e a filial da respectiva escrituração fiscal no valor R\$125.414,65, destacando que para os casos acima, basta a comprovação de que as notas fiscais a que se refere essa parte das infrações 01 e 02 foram de fato escrituradas no período anunciado (2012), o que é realizado mediante a juntada (física e em CD de Dados – em anexo) dos livros Registro de Entradas dos exercícios de 2012.

Volta a requerer a *improcedência das infrações 01 e 02 ao argumento de que* várias notas fiscais foram canceladas pelo próprio emitente do documento fiscal ou devolvidas pelos fornecedores em desfazimento de operação de saída por motivo de a mercadoria estar em desacordo com os pedidos que efetuou, conforme notas canceladas e de devolução ora acostadas em meio físico e arquivo digital (CD de dados).

A este respeito cita o Art. 155, II da CF, e o Art. 481 do Código Civil, para, dentre outras referências, destacar que devolvida a mercadoria ou cancelado o negócio de compra e venda, e, por consequência, inexistindo a transferência da mercadoria do vendedor ao comprador, indevida incidência do ICMS, uma vez que houve desfazimento do negócio jurídico, para concluir neste tópico que como as operações canceladas ou de devolução de mercadorias não constituem fatos geradores do ICMS, ao contribuinte não podem ser imputadas multas previstas na legislação cujo objetivo é coibir a venda de mercadorias não escrituradas.

Requer também a improcedência das infrações 01 e 02 argumentando que em ambas as infrações verificou que há várias notas fiscais tratando de transferência de produto entre estabelecimentos do próprio contribuinte, sendo 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 ela pouco importa para a cadeia produtiva, pelo que inclusive a não incidência do ICMS não possui relevância jurídica para levar ao estorno dos créditos da etapa anterior segundo os termos determinados pela CF, art. 155, §2º, II, alínea “a” e “b”.

Discorre a respeito dos critérios, aspectos, elementos ou dados identificativos do tributo (Operação, Circulação, Mercadoria), com a descrição normativa de um evento que, concretizado no nível das realidades materiais, fará irromper o vínculo abstrato que o legislador estipulou na consequência. Cita o Art. 114 do CTN, ensinamentos de renomados Mestres do Direito, jurisprudência de Tribunais Superiores, concluindo 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, afirmando, ainda, que não havendo circulação ou mercadoria, não haveria operações sujeitas à incidência ou isentas do ICMS e, portanto, não seria possível à fiscalização imputar as penalidades ora combatidas.

Menciona o julgamento realizado pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal no processo administrativo fiscal nº 269139.0003/10-0, onde foi reduzida a penalidade, haja vista que se tratava de operações de circulação de mercadoria apenas para armazém geral, cuja ementa, (Acórdão CJF nº 0029-05/12), transcreveu. Com isso, requer que sejam julgadas improcedentes as infrações 1 e 2, 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.

Quanto a Infração 05, que trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$11.918,27, em decorrência de destaque de imposto a maior no documento fiscal, defende que a NFe 77325-1 foi considerada, equivocadamente, pela fiscalização como devolução da NF 710-12. Porém, a NFe de entrada nº 77325-1 que emitiu, refere-se a cancelamento da operação efetuada por meio da NFe de saída nº 77145-1, também emitida pela Petrobrás, referente à venda para a Dow Brasil, com valor total de R\$ 294.202,34 e ICMS de R\$35.304,28, citando que o cancelamento foi devido a erro na quantidade faturada, informações que constam no campo “Informações Complementares” da própria NFe 77325-1.

Pontua que, adicionalmente, informa que a NFe 77145-1, cancelada por meio da NFe de entrada 77325-1, foi substituída pela emissão da NFe 710-1, faturada com a quantidade correta, totalizando o valor da nota fiscal em R\$ 194.883,45 e ICMS de R\$23.386,01.

Passando à infração 07, que se refere à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao crédito, diz que não há registro de que o produto referente à nota fiscal nº 36669-2 foi devolvido ao fornecedor ou o documento fiscal substituído, nem foi comunicada sobre o cancelamento da nota fiscal pelo emitente, acrescentando que, além disso, o pagamento referente à operação foi efetuado ao fornecedor e a venda subsequente do produto foi efetuada para a BR Distribuidora, inclusive com a emissão da NF 36670 de remessa por conta e ordem de terceiros, emitida pela Usina Barracool S/A para a BR Distribuidora, conforme consta no campo “Informações Complementares” da nota fiscal 36669-2. Desta maneira, assevera que o cancelamento da nota fiscal 36669-2 foi efetuado indevidamente pelo fornecedor.

Volta a se referir as multas por descumprimento de obrigação acessória, mencionando que acaso subsista imputação em relação às Infrações 01 e 02, discorda do enquadramento legal utilizado pelo fisco para dar suporte à multa aplicada. Nesta linha, argumenta que essas condutas de não escrituração no livro Registro de Entrada consubstanciam mero descumprimento de obrigação acessória, fato que, ao seu entender, estaria tipificado/apenado no art. 42, XV, “d” da Lei nº 7.014/96, reproduzido literalmente pelo art. 915, XV, “d” do RICMS/BA e não no art. 42, IX da referida Lei, frisando que inexistiram em ambas as situações, qualquer tipo de prejuízo econômico/financeiro para o Estado, uma vez que, na infração 01 o pagamento do imposto fora devidamente realizado pelo fornecedor e na infração 02, a operação não está sujeita ao ICMS.

Em conclusão, pugna que, na parte não reconhecida, seja julgado totalmente improcedente o presente Auto de Infração, anulando-se as infrações apontadas (01, 02, 05 e 07) e homologando o pagamento, com a consequente extinção do crédito tributário constituído referente à parte reconhecida da autuação, infrações 03, 04, 06 e 07, e, alternativamente, referente às operações entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte, acaso não acatada a nulidade da imputação diante da inexistência de tributação, a redução da penalidade, nos termos do precedente do AI 269139.0003/10-0, e, finalmente, não sendo acatados quaisquer dos pedidos supra, a desqualificação da aplicação da multa para aquela prevista no art. 42, XV, “d” da Lei nº 7.014/96.

Os autuantes prestaram a informação fiscal, fls. 242 a 247, pontuando inicialmente que deixaram de analisar os argumentos da autuada quanto à nulidade do Auto de Infração, pois, ao entendimento dos mesmos, não se aplica no presente caso a norma prevista pelo Art. 18, inciso IV, “a” do RPAF/BA.

Dizem que não prospera o questionamento da autuada no que se refere que na presente autuação há incongruência entre os fatos descritos pelos autuantes e sua respectiva previsão legal e a ausência de especificação/indicação dos dispositivos legais correspondentes à conduta praticada pela autuada e consideradas pelo Fisco como infracionais e que o auto traz apenas referência genérica ao art. 322 do RICMS-BA, fazendo menção tão somente a "incisos e parágrafos", mas deixando de especificá-lo.

Asseveram que, da mesma forma não prospera a solicitação de perícia fiscal para fins de pormenorização das autuações, tendo em vista que todos os demonstrativos foram encaminhados a autuada e que a mesma procedeu a análise o que resultou no reconhecimento integral da infração 3, 4 e 6 e parcial da infração 7.

Citam que analisaram as informações anexadas ao PAF pela Autuada alega falta de enquadramento do ato administrativo, e afirmam que há previsão expressa na legislação tributária, conforme pode se observar do texto do RICMS/BA e da Lei 7.014/96, transcrevendo o Art. 322 do RICMS/BA que trata da escrituração fiscal do livro Registro de Entradas e dispõe que a entrada a qualquer título de mercadorias ou bens deve ser escriturada, acrescentando que o Art. 42, inciso IX da Lei 7.014/96 estabelece as penalidades para a falta de registro de documentos nos respectivos livros fiscais.

Assim, afirmam que não prospera a alegação da defesa de que "*Não há nesse artigo do RICMS a descrição de qualquer conduta a ser praticada pelo Contribuinte*", sustentando que, ao teor das normas legais citadas, a infração está claramente tipificada e o enquadramento da penalidade também.

Destacam que, mesmo alegando a nulidade desta infração, a Autuada procedeu "*criteriosa Análise Técnica*", detectando que duas notas fiscais foram canceladas (17442-1 e 17544-1) pelo próprio emitente do documento fiscal, sendo que, comprovado esta alegação, as referidas notas fiscais foram excluídas do demonstrativo no valor R\$28.397,90, ficando o exercício 2012 com um total de R\$856.183,04, de mercadorias adquiridas sem o devido registro fiscal.

Dizem que a autuada informa que foi identificada a escrituração de diversas notas fiscais, apresentando a data e a filial onde ocorreu o registro, no entanto, as mesmas foram registradas em empresas com escrituração centralizada na EP, IE 02.604.576, ou em outras filiais da Petrobrás que não fazem parte da escrituração centralizada na RLAM, IE 09.073.803. Citam também, que a autuada apresenta ainda, o registro de diversas notas fiscais emitidas em 2012 e registradas no exercício 2014, quando já estava sob ação fiscal.

Observam que tendo em vista que a autuada alegou que algumas notas fiscais haviam sido registradas no CNPJ 33.000.167/0143-23 e que não haviam sido localizadas na EFD, foi a mesma intimada em 24 de abril de 2015 para apresentar o respectivo registro, não atendendo a solicitação até a presente data.

Concluem, em relação à infração 01 também não procede a justificativa da Petrobrás de que a transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte não deve ser levada em consideração, isso na justificativa do não registro fiscal desses documentos, e mantém a infração excluindo as duas notas fiscais canceladas pelo emitente.

Em relação à infração 02, dizem que da mesma forma que a infração 01 não prospera os argumentos da defesa quanto à falta de enquadramento legal desta infração. Acrescentam que mesmo mantendo a argumentação da nulidade a Autuada apresentou planilha onde constam o registro de diversas notas fiscais, da mesma forma que na infração 1, em filiais que não fazem parte do regime especial que permite a escrituração fiscal centralizada no CNPJ 33.000.167/0143-23, são elas: 33.000.167/0145-95, 33.000.167/0154-86, 33.000.167/0993-02, 33.000.167/1126-86 e 33.000.167/1125-03. Além do registro das notas fiscais em outras empresas que não as citadas acima, há vários registros de documentos fiscais no exercício de 2014 quando a Autuada já estava sob ação fiscal conforme Termo de Inicial de fiscalização fl. 09 do PAF.

Em relação à infração 05 dizem que a Autuada alega que a NFe 77325-1 foi considerada, equivocadamente, pela fiscalização como devolução da NF 710-12. Porém, a NFe de entrada nº 77325-1, emitida pela Petrobrás, refere-se a cancelamento da operação efetuada por meio da NFe de saída nº 77145-1, também emitida pela Petrobrás, referente à venda para a Dow Brasil, com valor total de R\$294.202,34 e ICMS de R\$35.304,28. O cancelamento foi devido a erro na quantidade faturada, informações que constam no campo “Informações Complementares” da própria NFe 77325-1. Adicionalmente, informa que a NFe 77145-1, cancelada por meio da NFe de entrada 77325-1, foi substituída pela emissão da NFe 710-1, faturada com a quantidade correta, totalizando o valor da nota fiscal em R\$194.883,45 e ICMS de R\$23.386,01.

Esclarecem que verificaram os argumentos da Autuada, mas como a única referência constante das informações complementares da nota fiscal de cancelamento de nº 77325 de 30-04-2012 era a NF 710 de 27-04-2012, é o descrito abaixo:

"Inf.contribuinte:*NOTA FISCAL EMITIDA COM REDUCAO DE BASE DE CALCULO DO ICMS - ARTIGO 87,INCISO XXXIX DO DECRETO 6.284/97 RICMS/BA ACRESCENTADO PELO ARTIGO4o DO DECRETO 11.059/2008 *OPERACAO ISENTA DE IPI *Quantidade faturada indevidamente devido a correcao da apropriacao no BDEM.Q Quantidade correta: 57.100 kg Nota fiscal substituta: 710 serie 12 *Modalidade de venda:EXA *Tipo de"

Portanto, afirmam que sequer poderiam imaginar que na verdade esta nota cancelava a operação da nf 77145 também de 27-04-2012. Afirmam que acataram os argumentos da Autuada, tornando improcedente infração 05.

Adentram a infração 07 destacando que a autuada alegou que não há registro de que o produto referente à nota fiscal 36669-2 foi devolvido ao fornecedor ou o documento fiscal substituído, e que não foi comunicada o cancelamento da nota fiscal pelo emitente, e que além disso, o pagamento referente à operação foi efetuado ao fornecedor e a venda subsequente do produto foi efetuada para a BR Distribuidora, inclusive com a emissão da NF 36670 de remessa por conta e ordem de terceiros, emitida pela Usina Barracool S/A para a BR Distribuidora, conforme consta no campo “Informações Complementares” da nota fiscal 36669-2, portanto, entendemos que o cancelamento da NF nº 36669-2 foi efetuado indevidamente pelo fornecedor.

Observam que a Autuada não anexa ao PAF comprovações dos seus argumentos, apenas a cópia da NF nº 36669-2, que é insuficiente para elidir a infração. Mantém a infração 07, observando que devem ser considerados os valores recolhidos pelo autuado restando em lide a quantia de R\$ 15.194,67.

A autuada se manifestou acerca da informação fiscal repisando todos os argumentos já apresentados na sua peça defensiva inicial, onde, ao final, reitera o pedido de perícia fiscal, em todos os seus termos e quesitos, de modo a comprovar o quanto alegado em defesa e na presente manifestação, sobretudo, devido à inexistência de notas fiscais, dificultando a defesa do contribuinte, pois não há como saber, de fato, se as mercadorias tiveram como destinatário a Petrobrás ou mesmo se foram canceladas pelo fornecedor sem seu conhecimento, reiterando, também, tudo o quanto alegado em defesa, e que sejam homologados os valores reconhecidos e recolhidos, sendo julgada totalmente improcedente a parte impugnada do presente Auto de Infração.

Às fl. 349 e 350 foi juntado extrato emitido através do Sistema SIGAT, indicando os detalhes do pagamento efetuado pelo autuado no valor histórico de R\$19.976,08 referente a infração 03 no valor de R\$140,00, infração 04 no valor de R\$17,99, infração 06 no valor de R\$14,94 e parte da infração 07 nos valores de R\$11.145,12 referente a ocorrência com vencimento em 09/06/12 e R\$8.658,01 referente a ocorrência com vencimento em 09/01/13.

Em 27/11/2015 o processo foi convertido em diligência à SAT/COPEC no sentido de que os autuantes adotassem as providências delineadas:

Em sua defesa a autuada apresentou os seguintes argumentos em relação às infrações 01 e 02:

- Foi identificada a escrituração de diversas notas fiscais conforme informações constantes na planilha em anexo (Infração 01), onde constam a data e a filial da respectiva escrituração fiscal. Valor R\$221.379,88;

- Foi identificada a escrituração de diversas notas fiscais conforme informações constantes na planilha em anexo (Infração 02), onde constam a data e a filial da respectiva escrituração fiscal. Valor R\$125.414,65.

A este respeito, os autuantes, na informação fiscal, assim se posicionaram: "Informa que foram identificadas a escrituração de diversas notas fiscais, apresentando a data e a filial onde ocorreu o registro. No entanto, as mesmas foram registradas em empresas com escrituração centralizada na EP, IE 02.604.576, ou em outras filiais da Petrobrás que não fazem parte da escrituração centralizada na RLAM, IE 09.073.803. Apresenta ainda, o registro de diversas notas fiscais emitidas em 2012 e registradas no exercício 2014, quando já estava sob ação fiscal". (grifo não original), reportando-se, adiante, ao Termo de Início de Fiscalização, fl. 09 dos autos.

Tendo em vista que o referido Termo de Início de Fiscalização, fl. 09, aponta que a data do início da fiscalização ocorreu em 29/07/2014 enquanto que as planilhas de fls. 249 a 288 apontam diversas notas fiscais escrituradas antes de 29/07/2014, decidiu esta 4ª Junta de Julgamento Fiscal por converter o presente feito em diligência à SAT/COPEC no sentido de que os autuantes esclareçam em qual estabelecimento foram escrituradas as notas fiscais indicadas nas mencionadas planilhas com datas anteriores a acima mencionada.

Pede-se, também, que seja elaborado um demonstrativo mensal das notas fiscais escrituradas antes de 29/07/14 e que foram objeto da autuação.

Após o atendimento da solicitação supra, o autuado deverá ser cientificado desta solicitação de diligência e do seu resultado, sendo-lhe concedido o prazo de 10 (dez) dias para manifestação.

Ao final, o processo deverá retornar ao CONSEF para continuidade da instrução e posterior julgamento.

Em atendimento os autuantes se pronunciaram à fl. 354 informando que estão anexando os demonstrativos dos estabelecimentos onde foram escrituradas as notas fiscais indicadas bem como o demonstrativo mensal das notas fiscais escrituradas antes de 29/07/2014 que foram objeto da autuação. Apresentaram também às fls 355 a 374, o resumo do novo saldo das infrações 01 e 02, sendo para a infração 01 o valor foi reduzido para a quantia de R\$749.431,19 (fl. 355) enquanto que para a infração 02 o valor passou a ser de R\$922.733,90 conforme fl. 363.

O autuado se pronunciou acerca da diligência conforme fls. 378 a 391, onde renovou todos os argumentos lançados na impugnação inicial e nas manifestações apresentadas, mencionando, entretanto, que não houve indicativo pela fiscalização de que foram excluídas da autuação as notas fiscais canceladas pelo próprio emitente do documento fiscal, restringindo-se apenas a exclusão das notas anteriores ao período fiscalizado.

Conclui pugnando no sentido de que o Auto de Infração seja julgado nulo ou subsidiariamente seja julgado improcedente.

Consta à fl. 397 extrato de pagamento parcial realizado pelo autuado em relação às infrações 01 e 03, fl. 397, no valor histórico de R\$216.730,02.

Em 31/05/2016 o presente PAF foi encaminhado em diligência à ASTEC / CONSEF, fl. 399, com a seguinte solicitação:

Às fls. 394 e 397 dos autos consta extrato emitidos através do SIGAT dando conta que o autuado em 18/12/2015, utilizando dos benefícios da Lei - CONCILIA BAHIA, efetuou o pagamento (valor histórico) no valor de R\$216.730,02 concernente às infrações 01 e 02 do presente Auto de Infração.

Considerando que em 18/01/2016 o autuado, quando da sua manifestação acerca da diligência fiscal que foi realizada, renovou os argumentos anteriores concernentes a estas duas infrações, e que não consta dos autos um detalhamento acerca das notas fiscais que resultaram no reconhecimento e pagamento do débito pertinente às citadas infrações, solicita-se que o autuado seja intimado para esclarecer e demonstrar detalhadamente se o mencionado pagamento efetuado em 18/12/2015, no valor atualizado de R\$286.667,16 alcança a totalidade das infrações 1 e 2.

Em caso contrário, deverá o autuado indicar e demonstrar por mês e por infração quais os valores que remanescem em discussão, apontando cada nota fiscal individualmente.

Após conclusos, os autuantes deverão ser cientificados do resultado da diligência. Em seguida, os autos deverão retornar ao CONSEF para efeito de conclusão da instrução e posterior julgamento.

Em atendimento, foi trazido aos autos o Parecer ASTEC Nº 51/2018, sem data, fls. 400/401, onde o diligente informa que o autuado fora intimado para demonstrar por mês e por infração (01 e 02) quais os valores que remanescem em discussão, apontando cada nota fiscal individualmente.

Cita que o autuado atendeu a intimação inicial sendo apresentada planilha de 40 páginas com quase três mil notas fiscais relacionadas, sem os valores mensais, vez que ficou evidenciado que não se pagou as duas infrações. Como a planilha foi apresentada em PDF solicitou que fosse apresentada em Excel a fim de que pudesse ser efetuada a separação mensal o que foi atendido após a emissão da terceira intimação.

Neste rumo informa que com base no CD entregue efetuou a separação por mês dos valores reconhecidos e que alegadamente foram pagos pelo autuado, dando assim por concluído o trabalho.

Após as considerações supra e a listagem impressa em anexo, afirma que se pode visualizar nota por nota o que foi reconhecido, restando tão somente a comparação com o demonstrativo e os valores lançados originalmente no Auto de Infração. A partir da fl. 402 até a de nº 434 foram juntadas planilhas pelo diligente, sendo ainda juntados aos autos manifestações do autuado acerca das intimações levadas a efeito pelo diligente bem como o detalhamento dos valores pagos.

Em 28/08/2018 o processo foi encaminhado à SAT/COPEC, fl. 508, no sentido de que os autuantes se pronunciassem acerca da diligência realizada tendo estes informado que nada tem a manifestar quanto a diligência.

De acordo com o despacho de fl. 515, apesar da solicitação de diligência ter sido feita em 31/05/16, somente em 12/09/2018 foi que o processo retornou à este relator, sendo que, o envelope que se encontra afixado à fl. 502 não contém a mídia respectiva, portanto encontra-se vazio, situação esta que poderia ser motivo de nova diligência, entretanto, para evitar ainda mais o atraso no julgamento deste PAF, dou como concluída sua instrução.

VOTO

O presente processo engloba sete infrações cuja exigência tributária total, em termos de valor principal, atinge o montante de R\$1.867.146,23, sendo que, destas infrações, o autuado reconheceu como integralmente devidas as de nº 03, 04 e 06, nos valores respectivos de R\$140,00, R\$17,99 e R\$14,94, enquanto que em relação à infração 07, houve o reconhecimento parcial na ordem de R\$19.803,13, valores estes que foram pagos e que deverão ser homologados pelo setor competente desta SEFAZ.

Preliminarmente, o autuado argui a nulidade das infrações 01 e 02, em decorrência de dois fatores:

- (a) incongruência entre os fatos descritos pelos autuantes e sua respectiva previsão legal e,
- (b) ausência de especificação/indicação dos dispositivos legais correspondentes à conduta praticada pela autuada e consideradas pelos autuantes como infracionais (o Auto traz apenas referência genérica ao art. 322 do RICMS, fazendo menção tão somente a “*incisos e parágrafos*”, mas deixando de especificá-los).

Neste sentido, diz que o Auto de Infração traz apenas referência genérica ao Art. 322 do RICMS, fazendo menção tão somente a “*incisos e parágrafos*”, sem especificá-los. Cita que o fato descrito, entradas no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação e mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, não há no aludido artigo, a descrição de qualquer conduta a ser praticada pelo contribuinte, visto que o art. 322 refere-se tão somente à destinação do livro Registro de Entradas.

Não vejo como acolher este argumento da defesa. Em primeiro lugar, o art. 322 mencionado, refere-se apenas aos fatos ocorridos até o mês de março/2012, e reporta-se que o livro Registro de

Entradas destina-se à escrituração das entradas a qualquer título e às aquisições de mercadorias e dos serviços de transporte e de comunicações adquiridos pelo contribuinte, situação esta que se adequa perfeitamente aos fatos, ou seja, falta de escrituração no livro Registro de Entradas das operações listadas nos demonstrativos juntados aos autos.

Quanto aos demais períodos, o autuante indicou o enquadramento das infrações nos Arts. 217 e 247 do RICMS/12, onde o primeiro refere-se ao livro Registro de Entradas e o segundo à Escrituração Fiscal Digital, portanto, ambos estão relacionados à questão da escrituração de documentos fiscais.

Vale ainda registrar que a indicação de dispositivo regulamentar, equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro de indicação, desde que pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal (art. 19 do RPAF/BA).

Considerando que a descrição dos fatos está posta de forma clara, possibilitando o mais amplo meio de defesa, o que de fato ocorreu, e, ainda, a indicação do art. 322 para parte do período autuado se coaduna aos fatos descritos, deixo de acolher estes argumentos de nulidade requeridos pela defesa.

O autuado também requereu a nulidade das infrações 01 e 02, sob o argumento de que identificou diversas notas fiscais que se encontram escrituradas, outras canceladas pelo próprio emitente e que poderiam existir outras notas fiscais canceladas pelo fornecedor, não recebidas ou destinadas a outro estabelecimento filial não situados neste Estado, assim como notas fiscais de prestações de serviços.

Estas são questões relacionadas ao mérito da autuação e como tal serão enfrentadas, razão pela qual ficam superados todos os pedidos de nulidade suscitados pela defesa.

Quanto ao mérito, no tocante à infração 01, foi aplicada penalidade no valor de R\$884.580,93, corresponde à multa de 10% sobre o valor das notas fiscais não escrituradas, com previsão no Art. 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96.

O autuado arguiu que do total lançado, o valor de R\$221.279,88 (multa), as notas fiscais respectivas encontram-se devidamente escrituradas em sua escrita fiscal. A este respeito, os autuantes examinaram as planilhas apresentadas pelo autuado em relação a estas notas fiscais, e identificaram que tais registros ocorreram em filiais que não fazem parte do regime especial que permite a escrituração fiscal centralizada no CNPJ 33.000.167/0143-23, (estabelecimento do autuado), indicando-os, fato este não contestado pelo autuado.

Entretanto, em consequência da diligência fiscal realizada em 21/12/2015, fl. 354, os autuantes identificaram notas fiscais registradas antes de 29/07/14, quando o autuado já se encontrava sob ação fiscal, além de outras registradas em estabelecimentos que fazem parte da escrituração centralizada, razão pela qual, reduziram a penalidade original no valor de R\$884.580,93, para R\$749.431,19, fl. 355, com o que concordo, vez que não houve contestação específica pelo autuado a este respeito.

Por outro lado, os autuantes, quando da informação fiscal, acolheram o argumento relacionado ao cancelamento das notas fiscais nº 17.442 e 17.544, do mês de dezembro/12, cuja multa aplicada corresponde a R\$28.397,70, razão pela qual reduziram a penalidade do mês de dezembro desse valor, remanescendo o débito de R\$93.337,93, para esse mês.

Diante destes fatos, a infração 01, que de acordo com o demonstrativo da diligência de fl. 355 foi reduzida para R\$749.431,19, após a dedução do valor acima de R\$28.397,70, remanesce como devido o valor de R\$721.033,49.

Não obstante, a situação fática acima, observo que o inciso IX, do Art. 42 da Lei nº 7.014/96, foi alterado em 22/12/17, através da Lei nº 13.816/17, cujo percentual da penalidade foi reduzido de 10% para 01%, de maneira que à luz do quanto previsto pelo Art. 106, I do CTN, aplico a redução

benéfica ao autuado em relação à presente infração, a qual fica reduzida para o valor de R\$72.103,35.

Quanto à infração 02, no valor de R\$935.476,30, refere-se à mesma imputação relativa ao item anterior, só que envolvendo mercadorias não sujeitas à tributação, cujo percentual da penalidade aplicada correspondeu a 1% do valor comercial do bem ou da mercadoria não escriturada.

Os argumentos defensivos foram os mesmos apresentados em relação à infração 01. Desta maneira, e mantendo que cabe a mesma fundamentação contida no item precedente, acolho as exclusões levadas a efeito pelos autuantes, através da diligência de fl. 362, e reduzo esta infração 02 para o montante de R\$922.733,90, na forma demonstrada à fl. 363.

Convém registrar, que a diligência que foi solicitada a ASTEC/CONSEF, teve como objetivo afastar da lide apenas as notas fiscais que foram reconhecidas pelo autuado como devidas e, consequentemente, ter efetuado os pagamentos respectivos. Entretanto, na forma apresentada a título conclusivo da diligência, não permitiu que essa exclusão fosse efetuada por este relator, a fim de que remanescesse a lide apenas sobre as parcelas questionadas.

Contudo, este fato não significa qualquer prejuízo ao autuado, já que os valores que foram pagos em relação a ambas as infrações, 01 e 02, serão homologados pelo setor competente desta SEFAZ, e, em consequência, deduzidos do valor do débito remanescente, quando dessa homologação.

Registra ainda, que o fato da existência de várias notas fiscais em ambas as infrações, emitidas a título de transferências, não exclui a obrigatoriedade da escrituração das mesmas, sendo, portanto, cabível a penalidade pela não escrituração.

No que concerne ao pedido de adequação das penalidades para a multa tipificada no Art. 42, XV, “d” da Lei 7.014/96, no valor de R\$460,00, não encontra respaldo este pedido, cujo enquadramento legal foi feito corretamente pelos autuantes.

Também no que diz respeito ao pedido de redução das multas com base no § 7º, do Art. 42 da Lei nº 7.014/96, o mesmo fica indeferido, pois não vejo nestes autos motivação ou requisitos suficientes para aplicação desta redução, ante à expressiva quantidade de documentos fiscais não escriturados de maneira sucessiva.

Finalmente, em relação ao enquadramento da penalidade relativa à infração 02, esta fica adequada ao inciso IX do Art. 42, no mesmo percentual aplicado, tendo em vista a alteração ocorrida na legislação por força da Lei nº 13.816/17.

Infrações 01 e 02 parcialmente subsistentes, na forma acima delineada.

A infração 05 refere-se à utilização indevida de crédito fiscal no valor de R\$11.918,27. A alegação defensiva foi de que a NFe 77325-1 seria de devolução, entretanto, tal documento fiscal se refere a cancelamento de operação anterior, fato este, devidamente analisado pelos autuantes que acolheram o argumento defensivo e excluíram a exigência, com o que concordo.

Infração 05 improcedente.

Por fim, a infração 07 que trata de utilização indevida de crédito fiscal no valor de R\$34.997,80. em face da não apresentação do competente documento que produz direito ao crédito, o autuado reconheceu e recolheu parte da autuação e questionou apenas o valor de R\$15.194,67, referente ao mês de setembro/2012. A alegação defensiva foi de que não há registro de que o produto referente à NF 36660-2, foi devolvido ao fornecedor ou o documento fiscal foi substituído, nem foi comunicada de que houve o cancelamento da nota fiscal pelo emitente.

Acrescentou que o pagamento referente a esta nota fiscal foi efetuado ao fornecedor, e a venda subsequente do produto foi efetuada à BR Distribuidora, inclusive com a emissão da nf nº 36670 de remessa, por conta e ordem de terceiros, emitida pela Usina Barracool S/A, pela BR Distribuidora, conforme consta no campo das informações complementares da nota fiscal 36669-

2. Desta maneira, assevera que o cancelamento da nota fiscal nº 36669-2, foi efetuado indevidamente pelo fornecedor.

Os autuantes sustentam que o autuado não trouxe ao PAF comprovações dos seus argumentos, apenas cópia da NF 36669-2, a qual é insuficiente para elidir a infração.

De fato, vejo que não assiste razão ao autuado em seu argumento, haja vista que é o próprio que declara que o cancelamento da nota fiscal nº 36669-2, foi efetuado indevidamente pelo fornecedor. Isto significa que a acusação procede, já que não foi apresentado o documento que dê legitimidade ao crédito fiscal.

Infração 07 procedente.

Em conclusão, voto pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração, restando o débito a ser exigido com a seguinte configuração: Infração 01 R\$72.103,35; infração 02 R\$922.733,90; infração 03 R\$140,00; infração 04 R\$17,99; infração 05 R\$11.918,27; infração 06 R\$14,94 e infração 07 R\$34.997,80, devendo ser homologados os valores cujos recolhimentos já foram efetuados.

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 **298663.0002/14-8**, lavrado contra **PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRÁS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$35.030,73**, acrescido da multa de 60%, prevista pelo Art. 42, incisos VII, alínea "a" e II, "f" da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas pelo descumprimento de obrigações acessórias no total de **R\$994.977,25**, previstas nos incisos IX e XVIII, "b" do mesmo artigo e lei citados, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea "a" do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, em 02 de Outubro de 2018

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE / RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR