

A. I. N° - 130070.0057/15-8
AUTUADA - SUPERIOR ENERGY SERVICES – SERVIÇOS DE PETRÓLEO DO BRASIL LTDA.
AUTUANTE - ELOAN DA SILVA FERREIRA
ORIGEM - INFAZ ALAGOINHAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 02.07.2020

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0049-05/20-VD

EMENTA: ICMS. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. OMISSÃO DE SAÍDAS TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Comprovado nos autos que o contribuinte desenvolvia atividade principal de prestação de serviços para empresas que operam no segmento de extração de gás e petróleo. Os recolhimentos de ICMS ocorridos no exercício objeto da ação fiscal, tiveram origem em operações de transferência de bens e mercadorias vinculados à atividade de prestação de serviços, essas tributadas pelo ISS municipal. Elidida a presunção de omissão de saídas tributadas firmada na ação fiscal, com base em acervo probatório obtido em diligência realizada pela ASTEC. Não acolhidas as preliminares de nulidade do lançamento. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 30/09/2015, para exigir ICMS no valor principal de R\$119.043,73, acrescido de multa de 100%, contendo a seguinte imputação fiscal:

Infração 01 – 05.05.01 – Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas. Ocorrência verificada nos meses jan, fev, mar, mai, jul, ago, set, out, nov e dez do exercício de 2014. Multa capitulada no art. 42, inc. III, da Lei n° 7.014/96.

O contribuinte foi notificado do lançamento em 06/10/2015, através de Intimação Pessoal e ingressou com defesa administrativa protocolada em 03/12/15, peça processual anexada às fls. 73/87 dos autos, firmada por advogados devidamente habilitados a atuar no PAF através do instrumento de procuração inserido às fls. 106/109.

Iniciou a peça defensiva suscitando a nulidade do lançamento que tem como pano de fundo uma única acusação fiscal estabelecida por presunção de que a impugnante não teria registrado em seus livros fiscais as notas fiscais de entradas de mercadorias e que essas mercadorias saíram de seu estabelecimento, em operações de vendas, sem o devido recolhimento do ICMS. Teria incidido o contribuinte na infração prevista no art. 4º, inc. IV da Lei n° 7.014/96, com a decorrente aplicação da multa de 100% do tributo não pago, conforme norma contida no art. 42, inc. III, do mesmo diploma legal.

Sustenta o sujeito passivo que no caso em exame o princípio da verdade material foi flagrantemente violado vez que, pela análise simples das atividades que exerce, não poderia o fisco presumir que a mesma deu saídas de equipamentos, a exemplo de marretas, tanques, reservatórios, entre outros itens. Afirmou que esses bens não de destinavam à revenda ou mesmo industrialização, mas foram utilizados na prestação de serviços a seus clientes.

Discorreu em seguida que a fiscalização deveria ter esgotado todos os meios de prova possíveis antes de aplicar a presunção de omissão de saídas tributadas, dedicando algum tempo a

compreender a atividade do contribuinte submetido à auditoria fiscal. No entanto, sem fazer essa investigação prévia, preferiu lavrar a presente autuação aplicando presunção sem o devido lastro probatório, incorrendo em violação às disposições do art. 142 do CTN e em concomitante cerceando ao direito de defesa diante da imprecisão da acusação fiscal, em descompasso com a previsão contida no art. 5º, inc. LV da Constituição Federal de 1988, posto que não se verificou no caso concreto, a ocorrência de fato gerador do ICMS. Entende estar evidenciada a precariedade do ato de lançamento razão pela qual requer a decretação de sua nulidade.

Quanto à penalidade aplicada, afirma que melhor sorte também não teve a autoridade fiscal, vez que para a exigência dessa parcela também não cumpriu as exigências contidas no art. 142 do CTN, o que novamente expõe à impugnante a dificuldade de identificar com precisão a acusação fiscal para o regular exercício do direito de defesa previsto constitucionalmente. Reiterou o argumento de que não há, no caso em exame, segurança quanto à materialidade das infrações e penalidades imputadas, incorrendo o ato de lançamento nas nulidades previstas no art. 18, incisos II e IV, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, por ausência de elementos suficientes a respaldar a acusação fiscal e por preterição do direito de defesa.

Em acréscimo às razões acima expostas, ressaltou que ainda que a penalidade estivesse corretamente capitulada, seu destino seria certamente o cancelamento, posto que o Supremo Tribunal Federal (STF) sedimentou o entendimento de que “são inconstitucionais as multas fixadas em índices de 100% ou mais do valor do tributo devido” (conforme ARE nº 776.273 – trechos reproduzidos na inicial defensiva).

Ao ingressar nas razões de mérito, a defesa afirma que caso as nulidades suscitadas não sejam admitidas, melhor sorte não deve ter o Auto de Infração. Ressaltou que a premissa contida na acusação fiscal de ausência de registro das notas fiscais de entradas de mercadorias não se verificou no caso concreto. Acostou às fls. 130 a 558 (docs. 03 a 24 da peça de defesa) cópias reprográficas de parte das notas fiscais de entradas elencadas na autuação e de folhas do Livro de Entradas de mercadorias (LRE), para fins de comprovação da escrituração das mesmas. Afirmou ainda que parte das notas fiscais foi objeto de devolução aos fornecedores, apresentando na peça de defesa a relação dos documentos fiscais registrados e dos documentos fiscais devolvidos (fls. 82/84). Declarou que houve eventuais atrasos de registro na escrita fiscal, porém o Auto de Infração em lide não versa sobre aplicação de multas por atraso no cumprimento de obrigações acessórias, mas sim de presunção de saída tributada por suposta ausência de registros nas entradas.

Pontou em seguida, reiterando o quanto já declarado anteriormente, que a parcela remanescente das notas fiscais tidas como não registradas foram objeto de devolução aos fornecedores, com a correspondente juntada das NFs de retorno, ocorrendo também, em alguns casos, a emissão de notas de entrada pelos próprios fornecedores quando do retorno das mercadorias.

Foi declarado ainda que a empresa autuada é prestadora de serviço sujeita ao ISS municipal e que não promove operações de comercialização de mercadorias. Que as prestações de serviços são decorrentes de contratos firmados com empresas concessionárias que atuam nas áreas de exploração e produção de petróleo e gás, sendo que as aquisições dos equipamentos, utensílios e suprimentos visavam aplicação nessas atividades. Às fls. 93 a 105 dos autos foi anexado cópia do contrato social da empresa autuada.

Entende, portanto, que no mérito, o Auto de Infração em lide também não se sustenta, pois a documentação juntada aos autos é capaz de afastar a presunção constante do lançamento de ofício. Pede em acréscimo que seja deferida a realização de perícia contábil visando reforçar o acervo probatório apresentado na peça impugnatória.

Disse mais à frente que ainda que por absurdo se entenda pela manutenção da presunção de omissão de saídas, este Auto de Infração se mostraria improcedente por um vício grosseiro em sua constituição. Pontuou que o ICMS é imposto não cumulativo de forma que se a impugnante tivesse de fato dado saída tributada das mercadorias, teria, por outro lado, direito ao crédito pelas entradas dessas mesmas mercadorias. O ICMS devido resultaria, portanto, do confronto entre o débito das

supostas saídas tributadas com os créditos das entradas, não se mostrando viável, na forma como foram elaboradas, as cobranças inseridas no presente Auto de Infração.

Finalizou a inicial defensiva pedindo que sejam acolhidos os fundamentos apresentados para que seja anulado o presente Auto de Infração, face à evidente precariedade e dissociação do mesmo com a realidade fática. Subsidiariamente, caso não seja decretada a nulidade do A.I., requer que o mesmo seja julgado IMPROCEDENTE por ter sido demonstrada, através de provas documentais, a inexistência da infração que lhe foi imputada, na medida em que os documentos relacionados à cobrança foram devidamente registrados ou mesmo devolvidos aos fornecedores, de forma que restou afastada a presunção de omissão de saídas tributadas de mercadorias.

Protestou ainda pela produção de toda prova admitida em direito, em especial a realização de sustentação oral na sessão de julgamento, provas adicionais de natureza documental e perícia técnica contábil. Indicou assistente técnico e formulou quesitos reproduzidos à fl. 87 dos autos.

O autuante, na fase de informação fiscal, prestada em 28/12/2015 - peça do processo juntada às fls. 563/566 - declarou que a empresa autuada, até o encerramento da fiscalização, omitiu registro na EFD de notas fiscais eletrônicas. Que as correções afirmadas pela defesa foram efetivadas a destempo (após o encerramento da ação fiscal) e que as omissões apuradas foram extraídas da base de dados da SEFAZ-BA, a partir do banco de dados de Notas Fiscais Eletrônicas (NF-e).

Quanto à alegação de que a empresa é exclusivamente prestadora de serviço, o autuante declarou que consta a informação nos dados cadastrais da SEFAZ-BA a situação de “contribuinte normal” para a autuada e a forma de apuração do ICMS na sistemática de conta corrente fiscal (débitos vs. créditos). Acrescentou que no período objeto da ação fiscal havia recolhimentos mensais do imposto, sob o código 0759 – ICMS Regime Normal Comércio. Apresentou relação de DAEs à pág. 568 do PAF.

Sustenta, portanto, o autuante, que a presunção de omissão de saídas não foi elidida pelo contribuinte, visto que os elementos de prova apresentados na fase de defesa, especialmente a escrituração fiscal digital (EFD) foi objeto de retificação após o encerramento da ação fiscal e não deve ser considerada. Conclui a peça informativa pedindo que o A.I. seja julgado PROCEDENTE.

Em 30/06/2016, o colegiado da 5ª Junta de Julgamento Fiscal converteu o PAF em diligência à ASTEC/CONSEF, ocasião em que foram formalizados e determinados alguns procedimentos corretivos do lançamento conforme transcrição abaixo:

Deverá o diligente da ASTEC/CONSEF verificar, após prévia intimação do contribuinte, a partir dos elementos da sua escrita e demais lançamentos que lhe dão suporte, e em visita “in loco” na empresa certificar se a autuada opera exclusivamente na atividade de prestação de serviço sujeita ao ISS municipal; se desenvolve atividade mista, que ensejaria a aplicação da proporcionalidade prevista na IN 56/2007; ou se opera em atividade sujeita à incidência exclusiva do ICMS.

De posse das informações o diligente deverá rever os cálculos efetuados na autuação, se for o caso, apresentado parecer circunstanciado e novo demonstrativo de débito, no mesmo formato do Auto de Infração.

A ASTEC, através do Parecer nº 67/2017, de 11/09/17 (fls. 572/573), declarou que o contribuinte foi intimado a apresentar os elementos de sua escrita fiscal e contábil e demais documentos que lhe dão suporte, sendo que a diligente chegou às seguintes conclusões:

1 – em relação aos DAEs informados pelo Sistema INC da SEFAZ-Ba, restou comprovado que o estabelecimento autuado recolheu ICMS no decorrer do exercício de 2014, no valor de R\$ 489.778,48, e o total de R\$ 529.111,41, não restando dúvidas, segundo a diligente, que a empresa também exercia atividade sujeita à incidência do ICMS, no período fiscalizado;

2 – nos livros Registro de Entradas (fls. 585/617), Registro de Saídas (fls. 626/637) e Apuração do ICMS (fls. 641/667), nos registros relacionados ao período fiscalizado (exercício de 2014), consta que o autuado comercializou mercadorias tributadas, através de lançamentos de débitos e créditos nos citados livros fiscais;

3 – que novamente em consulta ao sistema INC da SEFAZ-Ba constou a arrecadação, no exercício de 2014, do valor de R\$ 526.912,91, a título de receita Código 759 (ICMS normal – Comercio), e que somente em 2015, houve redução significativa do imposto recolhido para a cifra de R\$ 47.346,71. Até agosto de 2017

redução de R\$ 5.205,95. Diante do que foi exposto, a diligente concluiu que o contribuinte, a partir de 2015, foi desativando a atividade comercial, relativamente às operações sujeitas à incidência do ICMS. Em decorrência disse que a empresa autuada não era contribuinte só ICMS, havendo comprovações suficientes de incidência do ICMS nas suas atividades;

4 – que a alteração contratual nº 35 (fls. 765/788), feita em 30/07/2016 (fl. 777), comprova que além da atividade de prestação de serviços há também o comércio de fornecimento de equipamentos (fls. 768) e atividade de compra e venda, importação e exportação (fl. 768);

5 – em relação ao índice de proporcionalidade afirmou que o autuante nas planilhas anexadas às fls. 117/122 demonstrou como foi calculada essa dedução para apuração do débito da infração (fls. 121/122).

No intervalo temporal entre a realização da diligência pela ASTEC e a notificação do resultado da revisão fiscal ao contribuinte, este atravessou petição nos autos, firmada 28/08/17, visando complementar as alegações apresentadas na inicial defensiva e esclarecer os fatos que demonstrariam a improcedência de autuação fiscal (doc. 576/577). Tomando por base os documentos anexados nessa etapa, voltou a afirmar que no período autuado não realizou operações de comercialização de mercadorias sujeitas à incidência do ICMS. A fim de exemplificar tal afirmação a impugnante fez menção aos CFOPs das diversas operações descritas nos livros fiscais anexados: “1.128 – compras para utilização na prestação de serviços sujeitas ao ISSQN; 2.551 – Compra de bem para o ativo imobilizado; 2.552 – Transferência de bem do ativo imobilizado; 2.557 – Transferência de material para uso ou consumo; 6.552 – Transferência de bem do ativo imobilizado; 6.557 – Transferência de material de uso e consumo.

Ressaltou mais uma vez que não pratica operações regulares de comercialização de mercadorias exatamente como afirmou na inicial defensiva que foi devidamente instruída com as provas documentais dessa assertiva. Por fim voltou a afirmar que todas as atividades realizadas pela empresa são acessórias e necessárias à prestação dos serviços, não tributadas pelo ICMS ou envolvendo vendas eventuais de bens de seus ativos fixos. Nessas atividades enfatizou ser necessária a emissão de documentos fiscais para acompanhar o trânsito das mercadorias, com a indicação correta dos CFOPs. Reiterou pedido para que seus argumentos sejam acolhidos decretando-se a nulidade do Auto de Infração.

Notificado do inteiro teor da diligência e dos correspondentes anexos, via DTE, conforme Termo de Intimação, onde foi consignada a data de ciência em 16/11/2017, o contribuinte apresentou Manifestação escrita, protocolada em 27/11/17, subscrita por seus advogados. A referida peça foi apensada às fls. 852 a 854 dos autos. O contribuinte ressaltou que a Auditora Diligente não cumpriu as determinações do órgão julgador que incluía uma visita à empresa para fins de verificação das atividades desenvolvidas em seu estabelecimento. Destacou ainda que foi solicitada pela diligente de forma genérica a entrega de documentos fiscais que comprovassem que a empresa operava exclusivamente na atividade de prestação de serviços. Acrescentou, reiterando o quanto já afirmado anteriormente, que os documentos apresentados revelam que todas as operações relativas ao ICMS do período autuado dizem respeito às atividades auxiliares de prestações de serviços sujeitos à incidência do ISSQN ou a operações relativas a vendas de ativos fixos decorrente de desincorporações.

Após retorno do PAF a esta 5ª JJF, o mesmo foi novamente convertido em diligência para a ASTEC/CONSEF, em 18/12/2018, conforme Termo inserido às fls. 867/868. Nessa etapa determinou-se que fossem adotadas as seguintes medidas saneadoras do feito:

1º) Intimar novamente o contribuinte autuado a apresentar os elementos de sua escrita fiscal relacionados ao imposto sobre serviços (ISSQN), indicando no Parecer Técnico em quais itens da lista de serviços que integra a Lei Complementar nº 116/2013, a empresa enquadrou as suas atividades e procedeu ao pagamento do tributo municipal;

2º) Tomando por base os registros fiscais do contribuinte, identificar se os pagamentos de ICMS realizados pelo estabelecimento autuado têm origem em operações de revenda de mercadorias adquiridas de terceiros ou em venda de mercadorias produzidas/fabricadas pelo estabelecimento (identificar os CFOPs vinculados aos respectivos pagamentos);

3º) Proceder, nessa etapa, visita ao estabelecimento da empresa autuada para análise “*in loco*” das atividades operacionais efetivamente desenvolvidas pelo contribuinte.

Caso ocorram alterações nos valores lançados, deverá o revisor apresentar novo Demonstrativo de Débito, por período mensal, no mesmo formato do Demonstrativo de Débito do Auto de Infração.

A ASTEC, através do Parecer Técnico nº 27, firmado em 27/06/2019 (doc. fls. 872/875), apresentou as conclusões abaixo, cujos trechos mais importantes transcrevemos na íntegra para melhor entendimento:

1º) O contribuinte autuado foi intimado, conforme fl. 876, para apresentar os elementos de sua escrita fiscal relacionada ao imposto de serviços (ISSQN), tendo apresentado relação de notas fiscais emitidas, fls. 878/884, bem como as respectivas notas fiscais, que estão gravadas em mídia (CD), à fl. 899.

Consta das referidas notas fiscais de prestação de serviços o item da lista de serviços nº 07.21 que integra a Lei Complementar nº 116/2013 onde a empresa enquadrou as suas atividades e procedeu ao pagamento do tributo municipal.

2º) Tomando por base os registros fiscais do contribuinte, constatamos que os pagamentos de ICMS realizados pelo estabelecimento não tiveram origem em operações de revenda de mercadorias adquiridas de terceiros ou em venda de mercadorias produzidas/fabricadas pelo estabelecimento autuado.

Teve origem nas seguintes operações:

N. Fiscal 14 Serie 1, de 28/01/2014, CFOP 6.552 – Transferência de Bem do Ativo Imobilizado entre filiais, fl. 885, registrada no livro Registro de Saídas de Mercadorias à fl. 626;

N. Fiscal 16 Serie 1, de 14/02/2014, CFOP 6.152 – Transferência de Mercadoria adquirida ou recebida de Terceiros, fl. 886, registrada no livro Registro de Saídas de Mercadorias à fl. 627;

N. Fiscal 17 Serie 1, de 14/02/2014, CFOP 6.152 – Transferência de Mercadoria adquirida ou recebida de Terceiros, fl. 887, registrada no livro Registro de Saídas de Mercadorias à fl. 627;

N. Fiscal 28 Serie 1, de 02/04/2014, CFOP 6.152 – Transferência de Mercadoria adquirida ou recebida de Terceiros, fl. 888, registrada no livro Registro de Saídas de Mercadorias à fl. 629;

N. Fiscal 29 Serie 1, de 09/04/2014, CFOP 6.152 – Transferência de Mercadoria adquirida ou recebida de Terceiros, fl. 889, registrada no livro Registro de Saídas de Mercadorias à fl. 629;

N. Fiscal 30 Serie 1, de 14/04/2014, CFOP 6.552 – Transferência de Bem do Ativo Imobilizado entre filiais, fl. 890, registrada no livro Registro de Saídas de Mercadorias à fl. 629;

N. Fiscal 31 Serie 1, de 14/04/2014, CFOP 6.552 – Transferência de Bem do Ativo Imobilizado entre filiais, fl. 891, registrada no livro Registro de Saídas de Mercadorias à fl. 629;

N. Fiscal 33 Serie 1, de 14/04/2014, CFOP 6.552 – Transferência de Bem do Ativo Imobilizado entre filiais, fl. 892, registrada no livro Registro de Saídas de Mercadorias à fl. 629;

N. Fiscal 34 Serie 1, de 25/04/2014, CFOP 6.152 – Transferência de Mercadoria adquirida ou recebida de Terceiros, fl. 893, registrada no livro Registro de Saídas de Mercadorias à fl. 629;

N. Fiscal 35 Serie 1, de 16/05/2014, CFOP 6.152 – Transferência de Mercadoria adquirida ou recebida de Terceiros, fl. 893, registrada no livro Registro de Saídas de Mercadorias à fl. 630;

N. Fiscal 36 Serie 1, de 16/05/2014, CFOP 6.552 – Transferência de Bem do Ativo Imobilizado entre filiais, fl. 894, registrada no livro Registro de Saídas de Mercadorias à fl. 630;

N. Fiscal 37 Serie 1, de 20/05/2014, CFOP 6.552 – Amostra Grátis, fl. 895, registrada no livro Registro de Saídas de Mercadorias à fl. 630;

N. Fiscal 73 Serie 1, de 03/10/2014, CFOP 6.949 – Outras saídas de mercadorias e Prestação de Serviço não Especificado, fl. 896, registrada no livro Registro de Saídas de Mercadorias à fl. 635;

N. Fiscal 124 Serie 1, de 26/12/2014, CFOP 6.918 – Retorno de Consignação, fl. 897, registrada no livro Registro de Saídas de Mercadorias à fl. 637;

3º) Conforme determinação do Sr. Relator foi procedida visita ao estabelecimento da empresa autuada para análise “in loco” das atividades operacionais efetivamente desenvolvidas pelo contribuinte.

Acompanhado do sr. Alejandro Andrade, Supervisor de Base da Superior Energy, em Pojuca/Bahia, foi realizada visita ao estabelecimento autuado, conforme comprova o “Termo de Visita”, datado e assinado pelo Diligente e pelo referido Senhor, à fl. 898.

Da visita ao estabelecimento autuado ficou constatado que o mesmo, apesar de estar com as atividades paralisadas, é uma empresa prestadora de serviços à Petrobras. Não comercializa mercadorias.

(...)

Em relação às alterações nos valores lançados no Auto de Infração, o diligente disse ser questão de mérito que deverá ser apreciada por este Relator.

Cientificado acerca do inteiro teor da diligência, o contribuinte peticionou nos autos, através de Manifestação inserida às fls. 915/918, firmada por seus advogados e protocolada na repartição fiscal em 03/12/19. Destacou a defesa que após o cumprimento da 2ª diligência restou comprovada a precariedade da autuação sob exame, destacando-se a observação de que a impugnante não pratica operações regulares ou habituais de comercialização ou de revenda de mercadorias, atuando exclusivamente como prestadora de serviços à Petrobras. Pontou ainda que as notas fiscais trazidas pela diligência aos autos, cujas cópias estão encartadas na mídia digital anexada, demonstram que houve a prestação de serviços descritos no item 07.21 da Lista anexa à Lei Complementar 116/2013, compreendendo as atividades de “*Pesquisa, perfuração, cimentação, mergulho, perfilagem, concretagem, testemunhagem, pescaria, estimulação e outros serviços relacionados à exploração e exploração de petróleo, gás natural e outros recursos minerais*”.

Diante do exposto e consoante todas as provas trazidas aos autos, a defesa pede que o Auto de Infração em lide seja integralmente CANCELADO haja vista que baseado em informações que não condizem com a verdade material apurada pelos próprios órgãos de revisão da SEFAZ-BAHIA.

Em razão da aposentadoria do autuante, o presente PAF foi encaminhado para o Auditor Fiscal José Joaquim de Santana Filho para que na forma determinada pela relatoria desta 5ª JJF, fosse dada ciência ao órgão de fiscalização do Parecer Técnico da ASTEC e correspondentes anexos, com a consequente abertura de prazo para Manifestação escrita nos autos, conforme despacho exarado à fl. 921.

Em 20/01/2020, foi aposto, à fl. 922, o ciente do auditor fiscal estranho ao feito, ocasião em que o mesmo se manifestou concordando integralmente com as conclusões lançadas no Parecer Técnico elaborado pela ASTEC/CONSEF.

VOTO

O presente processo envolve Auto de Infração composto de única acusação fiscal, estabelecida por presunção de que o sujeito passivo não teria registrado em seus livros fiscais as notas fiscais de entradas de mercadorias, e que essas mercadorias saíram de seu estabelecimento em operações de vendas, sem o devido recolhimento do ICMS. O lançamento está fundamentado nas disposições art. 4º, parágrafo 4º, inciso IV da Lei nº 7.014/96. Multa de 100% do valor do imposto, capitulada no art. 42, inc. III do mesmo diploma legal.

Inicialmente, cumpre enfrentar as nulidades suscitadas pela defesa.

No que se refere aos vícios do lançamento relacionados à violação ao princípio da verdade material, em razão da autoridade fiscal não ter esgotado todos os meios de provas possíveis antes de aplicar a presunção de omissão de saídas, entendo ser questão que tem relação direta com o

mérito da causa, de maneira que a enfrentarei mais à frente. Da mesma forma, o argumento defensivo vinculado à ausência de recomposição da escrita fiscal da empresa autuada, visando a concessão dos créditos fiscais relativos às entradas das mercadorias, cujas saídas, na apuração da autoridade fiscal, se deram sem a devida tributação.

Sob o aspecto formal, a defesa sustenta a nulidade do Auto de Infração calcada na alegação de que não foi possível identificar com precisão os termos da acusação fiscal para o regular exercício do direito de defesa, incorrendo o referido ato em violação às disposições do art. 18, incisos II e IV do RPAF/99.

Essa arguição de nulidade, a nosso entender não se sustenta. Observo que o Auto de Infração em lide está revestido das formalidades legais exigidas pelo Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia, tendo sido a multa aplicada e sua base de cálculo apurados e demonstrados em atendimento aos procedimentos previstos na legislação regente da matéria. Houve a indicação correta do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além da indicação dos dispositivos da legislação tributária considerados infringidos. Registre-se ainda, que a descrição, da infração na peça acusatória, foi efetuada de forma clara e determinada, fundamentada nas notas fiscais de aquisição não levadas a registro na escrita fiscal. Ausentes, portanto, razões a justificar a nulificação do procedimento administrativo fiscal, ainda que por ato de ofício, por inexistirem vícios que tenham impedido o contribuinte de exercer na plenitude, o direito à ampla defesa e ao contraditório. Nega-se, portanto, provimento ao pedido de nulidade, por vício formal, sob estes fundamentos.

Nega-se também deferimento ao pedido da defesa de remessa dos autos para a realização de novas diligências ou perícias fiscais. O presente processo foi submetido a duas revisões, por determinação deste órgão julgador, conforme Termos de encaminhamentos à ASTEC (Assessoria Técnica do CONSEF), lavrados em 30 de junho de 2016 e 18 de dezembro de 2018, inseridos, respectivamente, às fls. 568/569 e fls. 867/868 do presente PAF. Nesses procedimentos revisionais foram colhidas provas suficientes para a formação do convencimento deste relator.

Passo a examinar doravante, as questões vinculadas ao mérito da exigência fiscal.

O presente processo foi submetido a duas diligências a pedido desta Junta de Julgamento, objetivando dar efetividade ao princípio da verdade material. Restou comprovado na última revisão do feito, questões fáticas relevantes para o deslinde da questão posta ao exame deste colegiado.

É relatado no Parecer Técnico ASTEC nº 27/ (fls. 872/875), que as saídas de bens e mercadorias realizadas pelo contribuinte, além da ocorrência eventual, se deram de forma majoritária por transferências entre as unidades da empresa e por desincorporação de bens do seu ativo, em movimentações processadas também entre seus estabelecimentos. Essas movimentações tinham por finalidade viabilizar as prestações de serviços realizadas pelo sujeito passivo, contratadas junto à Petrobras, compreendendo as atividades de “*Pesquisa, perfuração, cimentação, mergulho, perfilagem, concretagem, testemunhagem,, pescaria, estimulação e outros serviços relacionados à exploração e exploração de petróleo, gás natural e outros recursos minerais*”, que se encontram inseridas no item 07.21 da Lista de Serviços, anexa à Lei Complementar 116/2013, sujeitas, portanto, à incidência do imposto municipal – ISSQN.

Detalha ainda o revisor da ASTEC, que os recolhimentos de ICMS aos cofres públicos estaduais, ocorridos no exercício de 2014, registrados na escrita fiscal do sujeito passivo, tiveram origem nessas operações de transferência, acobertadas por notas fiscais, com o respectivo destaque do imposto, contendo nelas as indicações dos seguintes CFOPs (códigos fiscais de operações e prestações): **6.552 - Transferência de bem do ativo imobilizado; 6152 – Transferência de mercadoria recebida ou adquirida de terceiros; 6949 - Outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado; e, 6919 - Devolução simbólica de mercadoria vendida ou utilizada em processo industrial, recebida anteriormente em consignação mercantil ou industrial.**

Relação de notas fiscais emitidas no período autuado, detalhado pela diligência às fls. 872/874 dos autos.

Importante destacar, que nas transferências não há desembolso ou recebimento de valores financeiros, somente movimentação física, alcançada pela incidência do imposto unicamente nas operações interestaduais. Nas desincorporações de bens integrantes do ativo imobilizado, cujas operações também se verificaram majoritariamente em movimentações entre os estabelecimentos do sujeito passivo, a incidência do imposto só se verifica se essa operação se der antes de um ano de uso do bem (art. 3º, inc. VIII da Lei nº 7.014/96).

Portanto, os registros fiscais do contribuinte analisados pela ASTEC, demonstram que efetivamente o autuado não realizou operações de revenda de mercadorias adquiridas de terceiros, ou promoveu venda de mercadorias de sua fabricação. Não restou configurada a realização regular e habitual de comercialização de mercadorias.

A ASTEC também anexou aos autos outra prova documental relevante para a solução de mérito desta lide. Apresentada na mídia digital – CD, fl. 899, a relação contendo cópias das notas fiscais de prestação de serviços e faturas emitidas para a Petrobras. Nesses documentos, constam a natureza dos serviços prestados e respectivos valores, além do destaque do ISS municipal, devido as Prefeituras, restando demonstrado, que o contribuinte exerce atividade de prestação de serviços no segmento de extração de petróleo e gás. As aquisições dos equipamentos, utensílios e suprimentos acobertados pelas notas fiscais de entrada que serviram de base documental da acusação fiscal, se destinavam à aplicação nessas atividades.

Frente ao acervo probatório reunido na última revisão da ASTEC, não temos dúvida de que a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, firmada na auditoria fiscal, não se sustenta. As mercadorias adquiridas, cujas notas fiscais não foram objeto de registro na escrita fiscal no exercício objeto da fiscalização, não se destinavam à revenda ou industrialização para posterior venda. Essas aquisições estavam vinculadas inteiramente à atividade de prestação de serviços, envolvendo entradas de equipamentos, bens ferramentais, materiais de uso e consumo e pequenos ativos.

Portanto, as receitas que deram suporte financeiro às operações de entradas de mercadorias no estabelecimento da empresa autuada, têm origem nas atividades de prestação de serviço.

Por sua vez, as operações subsequentes de saídas, em que houve a incidência do ICMS, decorreram exclusivamente de movimentações por transferência entre os estabelecimentos da empresa, sem qualquer repercussão financeira, fato que inviabiliza a aplicação da presunção prevista no art. 4º, § 4º, inc. IV da Lei nº 7.014/96.

Descaracterizada a presunção de omissão de saída, resta em análise neste PAF, se a conduta do contribuinte incorreu em descumprimento de obrigação acessória, apenável com multa pecuniária.

A defesa acostou às fls. 130 a 558 (docs. 03 a 24 da inicial), cópias reprográficas das notas fiscais de entradas elencadas na autuação, e de folhas do Livro de Entradas de Mercadorias (LRE), para fins de comprovação da escrituração das mesmas. Parte das notas fiscais que compõem a exigência fiscal, foram objeto de devolução aos fornecedores. A relação dos documentos fiscais registrados e dos documentos fiscais devolvidos está detalhada às fls. 82/84 dos autos. De fato, houve atrasos de registro na escrita fiscal, porém, esses atrasados foram posteriormente sanados pelo contribuinte, não sendo essa conduta passível de imposição de multa.

Quanto ao pedido da defesa de exclusão da multa pecuniária de 100% do imposto lançado, por ofensa ao princípio do não confisco, trata-se de questão cujo exame restou prejudicado, considerando que foi comprovado nos autos a inexistência de obrigação tributária principal. A inexigibilidade do imposto, com o consequente afastamento da infração, resulta também na extinção da multa pecuniária.

Considerando o acima exposto, nosso voto é pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **130070.0057/15-8**, lavrado contra **SUPERIOR ENERGY SERVICES – SERVIÇOS DE PETRÓLEO DO BRASIL LTDA.**

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 Virtual de Sessões do CONSEF, 19 de maio de 2020.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – JULGADOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR