

A. I. N°. - 280080.0007/20-6
AUTUADO - PETRÓLEO BRASILEIRO S. A. PETROBRÁS
AUTUANTE - FRANCISCO NOBRE DE OLIVEIRA
ORIGEM - SAT/COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 19/04/2021

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0032-03/21-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. Comprovado nos autos, que o Autuado não realizou os depósitos na Conta Consignada, nem efetuou os recolhimentos do imposto tempestivamente, referentes aos documentos fiscais autuados. Consta prova nos autos, que a fase processual da ação consignatória, no momento do levantamento fiscal, já havia se encerrado, com a sentença homologatória de 26.12.19, relativamente ao negócio judicial, e que, portanto, qualquer parcela devida do ICMS decorrente das operações de “City Gate”, deve ser discutida no âmbito administrativo e não no judicial. Infração comprovada. Não acolhido o pedido para realização de diligência ou perícia técnico-contábil. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 16/09/2020, exige ICMS no valor de R\$4.840.723,16, acrescido da multa de 60%, em decorrência da falta de recolhimento do imposto nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de fevereiro a abril de 2019. Consta na descrição dos fatos, que o Autuado deixou de recolher ICMS sobre operações de venda de Gás Natural, destinadas a contribuinte localizado no Estado de Pernambuco. Estas operações foram objeto da Ação de Consignação em Pagamento n° 0004931-87.2015.8.17.2001, que tramitou na 5ª Vara da Fazenda Pública de Recife-PE, e foi promovida pela Petrobrás, em face do Estado da Bahia, dentre outros Estados. (Infração 02.01.01).

O Autuado impugna o lançamento fiscal fls.06/09. Registra a tempestividade de sua defesa. Diz que por sua advogada com escritório na Av. Antônio Carlos Magalhães, n°. 1.113, 17°. Andar, Itaigara, CEP 41.830-900, Salvador/BA, onde recebe as intimações, notificações e citações físicas, vem apresentar impugnação administrativa em face do Auto de Infração, pelas razões fáticas e jurídicas a seguir esposadas. Reproduz a irregularidade apurada. Afirma que como sistemática de controle, adotou o procedimento de lançar o débito normalmente, no livro de Registro de Saídas e efetuar o Estorno de Débito no livro RAICMS, depositando em Juízo, o valor estornado. Ao estornar em duplicidade o ICMS referente às Notas Fiscais 2829, 2831 e 2834 emitidas em fevereiro/19, efetuou normalmente o depósito relativo a uma vez o valor, mas recolheu a menor na apuração do mês correspondente, como consequência da duplicidade. Em março e abril de 2019, efetuou o estorno referente às NFs 2874 de 22.03.19 e 2966 de 07.05.19, respectivamente, não efetuando os depósitos correspondentes. Em abril de 2019, efetuou o estorno do ICMS referente NF 2873 de 07.05.19 no valor de R\$3.511.396,80, porém depositou em juízo o valor de R\$ 567.291,50. Tudo conforme cópias dos RAICMS (Anexos II a IV), Cálculo da Consignatória elaborado pelo Contribuinte (Anexo V) e Cópia do Extrato da Conta CEF (Anexo VI) que estão detalhados no

Anexo I - Demonstrativo Falta de Recolhimento/Recolhimento a Menor, e fazem parte integrante do presente Auto de Infração. Total da infração: R\$ 4.840.723,16.

De início, aduz ter constatado que aparentemente, aconteceram dois erros de digitação no descritivo da infração transcrita, em relação a duas notas fiscais. A nota fiscal "2834", mencionada como emitida em fevereiro de 2019, corresponde, na verdade, à nota "2832", como consta nos demonstrativos elaborados pelo Autuante. Igualmente, a nota fiscal descrita "2873" de 07/05/2019 é, na verdade, a "2973" que consta nos demonstrativos. Feito esse registro de esclarecimento e tratando da acusação constante do auto de infração, cabe de logo contestar a pretensão de cobrança com relação à NF nº 2874, do mês de março/2019. Para essa nota, o próprio Autuante aponta que o pagamento do depósito judicial foi realizado, sem a parcela do ICMS inerente a esse documento fiscal. Em breve retrospecto sobre a questão, nas operações da Petrobrás que destina gás natural dos Estados de Espírito Santo, de Sergipe, de Alagoas e da Bahia (Estados de Origem) para o Estado de Pernambuco (Estado de Destino), vinha ocorrendo uma guerra fiscal, pois os Estados de Origem entendem que os "city gates" não são estabelecimentos, ao passo que o Estado de Destino compreende o inverso, de modo a causar impacto na tributação do ICMS, nos seguintes termos exemplificativos: (i) Tese dos Estados de Origem - Venda Interestadual direta do Gás Natural do Estado de Origem. Seguindo esse entendimento, a Petrobrás passou a ser autuada pelo Estado de Pernambuco; caso seguisse o inverso, viria a ser autuada pelos demais Estados mencionados. Assim, não restou alternativa senão judicializar a questão, materializado através de ação de consignação em pagamento distribuída à 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Recife, Estado de Pernambuco, sob o nº 0004931-87.2015.8.17.2001.

No processo judicial, foi deferida a suspensão da exigibilidade a partir da realização de depósitos, como se observa da decisão judicial que anexa:

Decisão interlocutória. O depósito judicial do crédito tributário discutido é um direito do contribuinte, não havendo qualquer discricionariedade na sua aceitação, quer do juiz, quer da Fazenda Pública, autorizado, assim, os depósitos judiciais requeridos pela parte autora, a serem feitos nos valores cobrados pela parte da demanda. E assim, o faz com arrimo no disposto no art. 151, II, do Código Tributário Nacional. Os primeiros depósitos deverão ser feitos nos valores encontrados na planilha no Id 6351453, especificamente, na página 14 daquele documento, em contas individualizadas por Estado, cujo rol, também ali se encontra relacionado. Autorizado, outrossim, os depósitos das operações futuras, cujos demonstrativos deverão ser trazidos ao presente processo, instruídos com as planilhas identificadoras das operações e dos respectivos créditos e credores, no formato da planilha referida no item 1.1 desta decisão. Efetuado cada depósito, ficará automaticamente suspensa a exigibilidade dos respectivos créditos tributários. Efetuados os primeiros depósitos, ou sem eles, decorrido o prazo de 05 (cinco) dias, cite-se. O Estado de Pernambuco deverá ser citado por mandado, na pessoa do seu Procurador Geral, os demais Estados serão citados via carta precatória.

Sendo esse o contexto, a Petrobrás se encontra amparada pelo provimento jurisdicional para realizar o depósito do ICMS referente à NF nº 2874, pois o crédito tributário a ela referente, se encontra *sub judice*, aguardando a definição judicial relativa à sua titularidade. Diante disso, o Estado da Bahia não pode exigir, via auto de infração, o pagamento do ICMS que se encontra sob crivo judicial, já que isso implicaria subtrair da apreciação do Poder Judiciário, uma quantia que ainda terá sua titularidade definida. Assim, não se pode pretender continuar com a presente autuação, como se a Companhia simplesmente, não estivesse pagando o tributo devido, mais ainda, com a aplicação de severa multa compensatória de 60% (art. 42, II, "f", da Lei 7.014/96).

Afirma ser cabível, no caso, que a Procuradoria Geral do Estado peticione ao Juízo competente, requerendo a complementação do depósito por parte da Petrobrás. Isso porque, a discussão sobre a correção ou incorreção dos valores depositados deve ocorrer no bojo do processo judicial, e não em âmbito externo. Não por outro motivo, o Código de Processo Civil prevê, no art. 544, inciso IV, que o Estado pode alegar a insuficiência do depósito. Havendo essa alegação, a

Petrobrás dispõe da oportunidade de complementar o depósito, conforme art. 545 do mesmo Código, conforme transcreve.

Desse modo, diz ser no bojo da ação judicial, que se deve requerer o depósito do ICMS da NF nº 2874, do mês de março/2019, e não por meio deste auto de infração. Só para exemplificar, ainda que o CONSEF/BA entenda que o crédito tributário tenha o valor "x", caso a questão seja levada ao juízo e lá se assinala que o montante correto é "y", irá prevalecer a decisão judicial, a quem a Constituição Federal atribui a última palavra em matéria de lesão ou ameaça de lesão a direitos (art. 5º, inciso XXXV). Não por outro motivo, as questões sob apreciação do Poder Judiciário não se inserem na competência dos órgãos administrativos do Estado, conforme art. 125, II, do Código Tributário da Bahia e art. 167, II, do RPAF. Assim, a exigência de complementação do depósito da ação de consignação em pagamento deve ser feita pela Procuradoria, perante o Juízo competente, e não pelos auditores fiscais, por meio de presente auto de infração.

Desse modo, afirma que a infração já se mostra improcedente quanto à cobrança do ICMS referente à NF nº 2874. Já em relação aos demais itens constantes da autuação, a alegação de ausência de recolhimento não procede, tendo em vista que o recolhimento do ICMS foi feito na forma regular, não se identificando diferenças a recolher. Neste ponto, para demonstração do fato ora suscitado, faz-se necessária a realização de perícia, tendo em vista a divergência em relação às planilhas elaboradas pela fiscalização. É justamente para situações como estas, que a perícia é estabelecida, nos termos do art. 150, inciso I, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, conforme reproduz.

Corroborando o fundamento ora exposto, o fato de que o Regulamento também estabelece, no art. 147, inciso II, que as hipóteses de indeferimento da perícia se limitam a desnecessidade de conhecimento técnico, a desnecessidade em face de provas produzidas e à impraticabilidade da verificação. Ora, no presente caso, diz que a alegação de defesa depende, necessariamente, da análise dos documentos fiscais e seu confronto com as planilhas levantadas pelo Fisco, de modo que não ocorre a hipótese de "a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos" (art. 147, II, a). A hipótese de desnecessidade em face de outras provas (art. 147, II, b) também não subsiste, pois entende que somente através de perícia técnica poderá ser feito o devido confronto entre os documentos fiscais e os levantamentos constantes do auto de infração, para concluir sobre a efetiva existência ou inexistência de saldo devedor de ICMS.

Por fim, também não se trata de impraticabilidade da perícia, tendo em vista que a constatação de notas pode ser feita por verificação documental. Não incide, portanto, a vedação regulamentar de quando "a verificação for impraticável" (art. 147, II, c). Assim, a perícia que se requer neste momento é a verificação, nos documentos fiscais, dos recolhimentos de ICMS-DIFAL realizados pela contribuinte, em confronto com os valores relacionados no auto de infração, de modo a se evidenciar o fato alegado em defesa. Destarte, apresenta os quesitos. No mesmo ensejo, indica seu assistente técnico.

Por tudo o quanto exposto, requer a intimação da Fiscalização para apresentar informação fiscal (RPAF, arts. 126 e 127), oportunizando-se ao Contribuinte manifestar-se acerca dela, se for o caso (idem, art. 127, § 7º), a fim de resguardar o contraditório.

No julgamento, requer a produção de todos os meios de prova admitidos pelo direito, em especial perícia, e no mérito, que a presente impugnação seja acolhida, para julgar improcedente a infração, já que a Petrobrás não deixou de recolher o ICMS devido, na forma da legislação tributária e em observância à judicialização do tema.

O Autuante presta informação fiscal fls.17/19 (verso). Reproduz a irregularidade apurada. Sintetiza os termos da defesa. Afirma que a vista da defesa apresentada pelo contribuinte, insurgindo-se contra a lavratura do Auto de Infração, passa a se manifestar a respeito. Explica que em cumprimento à Ordem de Serviço 503508/20, procedeu ao levantamento de operações de venda de gás natural realizadas durante o ano de 2019 pelo estabelecimento, com destino ao

estado de Pernambuco. O formato técnico destas vendas é descrito resumidamente, pela dependente conforme destacado a seguir.

Decorrente do levantamento, constata o não recolhimento tempestivo para o Estado da Bahia, dos valores do ICMS constantes nas notas fiscais relacionadas no Anexo I - *Demonstrativo Falta de Recolhimento/Recolhimento a Menor Relativo a Vendas de Gás Natural para Estado de Pernambuco - CITY GATE – 2019*.

Afirma que os valores inicialmente devidos em cada operação, são aqueles indicados na Coluna F do Anexo I (correspondente à Coluna M da Planilha). Diz que, embora o levantamento deste AI refira-se ao exercício 2019, convém ressaltar que desde março/2015, a questão das operações dos chamados “City-Gate” foi objeto de contestação pela PETROBRÁS. Por via de consequência, foram lavrados os Autos de Infração 280080.0004-18/5 (para operações “City-Gate” referentes exercícios de 2015 a 2017) e 280080.0001/19-4 (para operações “City-Gate” referente ao exercício de 2018). Estes Autos de Infração, tiveram terminada a fase de contestação administrativa, tendo sido reconhecidas sua procedência no julgamento pelo Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF. Frisa que, por guardarem a mesma materialidade com o Auto de Infração ora impugnado, na contestação daqueles AI’s, a PETROBRÁS informa que destina gás natural dos Estados de Espírito Santo, Sergipe, Alagoas e Bahia (Estados de Origem), para o Estado de Pernambuco (Estado de Destino) e que os Estados de Origem entendem que os “City Gates” não são estabelecimentos, dando o tratamento de venda interestadual, ao passo que o Estado de Destino compreende o inverso, de modo a causar impacto na tributação do ICMS.

Acrescenta o entendimento do Estado de destino (*Pernambuco*), é de que o produto, que é transportado por dutovia, ao entrar no Estado de Pernambuco pelos pontos de entrega de gás natural (*City Gate*), passa por atividade de industrialização, com o objetivo de aperfeiçoamento para o consumo. Desta forma, Pernambuco concluiu que a operação correta seria a transferência interestadual do gás natural, com base no preço de custo, e, posteriormente a venda interna com base no preço de venda.

Explica que diante do conflito de entendimento entre os Estados litigantes, a PETROBRÁS impetrou Ação de Consignação em Pagamento nº 0004931-87.2015.8.17.2001, junto à 5ª Vara da Fazenda Pública da Capital Pernambucana. Diz que certo é que, como verifica-se dentro do trâmite processual, a autuada optou a partir de março/2015 por depositar em juízo os valores em discussão, em ação de consignação em pagamento, alegando guerra fiscal entre os Estados, uma vez que o Estado de Pernambuco tem entendimento diferente e passou a fazer autuações nas operações denominadas “City Gate”.

Aduz que, em 26.12.19, sentença homologatória do Juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública de Pernambuco, reconheceu o negócio jurídico entre os Estados litigantes e a PETROBRÁS, determinando a expedição de alvará/transferência de valores, cabendo ao Estado da Bahia o valor de R\$54.059.198,59.

Esclarece que por este instrumento legal agasalhado pelo Código de Processo Civil – CPC 2015, as partes optam por dar termo final às discussões e reconhecem os valores levantados. Por parte do Estado da Bahia, os valores transformados em renda por força da sentença homologatória, foram utilizados para quitação de Autos de Infração pertinentes, entre eles os mencionados anteriormente.

Assim, diz que o levantamento das operações de venda de gás natural para o Estado de Pernambuco relativas ao ano de 2019, à época da lavratura do presente Auto de Infração (16.09.20) já estava sob a égide da sentença homologatória do negócio jurídico, razão pela qual, os valores efetivamente depositados, conforme extrato da Caixa Econômica Federal, foram abatidos no demonstrativo do Anexo I, conforme detalhado na Coluna R da planilha, nota fiscal, por nota fiscal.

Chama a atenção para a descrição dos fatos na Infração 02.01.01 à fl. 01 do presente AI, “*como sistemática de controle, a autuada adotou o procedimento de lançar o débito normalmente no livro Registro de Saídas e efetuar o Estorno de Débito no livro RAICMS, depositando em juízo o valor estornado*”. No entanto, cometeu irregularidade em relação às Notas Fiscais 2829, 2831, 2832, 2874, 2966 e 2973, que implicaram não recolhimento e/ou recolhimento a menor, que é objeto de cobrança no presente Auto de Infração.

Por oportuno, enfatiza que todos os anexos e documentos foram disponibilizados ao contribuinte, inclusive cópia de extrato da Conta Judicial junto à Caixa Econômica Federal, conforme mensagem enviada via Domicílio Tributário Eletrônico - DTe, postada sob número 177200 (Doc. 1), através da qual, foi dada ciência da lavratura deste Auto de Infração. Para facilitar a consulta e atender à celeridade processual, disponibiliza os mesmos documentos em CD juntado a Informação Fiscal.

Afirma que a defesa em suas argumentações, alega que, aparentemente aconteceram dois erros de digitação no descritivo da infração, em relação a duas notas fiscais. A nota fiscal “2834”, mencionada como emitida em fevereiro de 2019 corresponde, na verdade, à nota “2832”, como consta no demonstrativo elaborado pelo Autuante. Igualmente, a nota fiscal descrita “2873” de 07/05/2019, é, na verdade, a “2973” que consta no demonstrativo.

Com relação à numeração das notas fiscais relatadas na descrição dos fatos à fl. 01 do AI, diz que assiste razão à impugnante, devendo prevalecer a numeração do Anexo I. Assim, na descrição dos fatos, *Onde se lê*: “Ao estornar em duplicidade o ICMS referente às notas fiscais 2829, 2831 e 2834 emitidas em fevereiro...”, *Leia-se*: “Ao estornar em duplicidade o ICMS referente às notas fiscais 2829, 2831 e 2832 emitidas em fevereiro/19...” e *Onde se lê*: “Em abr.19, efetuou o estorno do ICMS referente à NF 2873 de 07.05.19 no valor de R\$.3.511.396,80...” *Leia-se*: “Em abr.19, efetuou o estorno do ICMS referente à NF 2973 de 07.05.19 no valor de R\$.3.511.396,80...”.

Unicamente em relação à Nota Fiscal 2874, a impugnante insurge-se contra a cobrança por meio de Auto de Infração, alegando que “*desse modo, é no bojo da ação judicial que se deve requerer o depósito do ICMS da NF nº 2874, do mês de março/2019, e não por meio deste auto de infração*”. Assevera que a impugnante olvida que a fase processual da ação consignatória no momento do levantamento, já havia se encerrado com a sentença homologatória de 26.12.19, relativamente ao negócio judicial, e que, portanto, qualquer parcela devida do ICMS decorrente das operações de “City Gate” deve ser discutida no âmbito administrativo e não judicial.

Aponta que salvo esta contestação de foro, nenhum outro elemento de mérito foi trazido pela impugnante que tenha o condão de afastar a exigência do imposto em relação à NF 2874. Do mesmo modo, em relação às demais notas fiscais, a impugnante ficou-se silente quanto ao mérito da exigência fiscal.

No que concerne ao pedido por perícia para demonstração do fato suscitado em relação à Nota Fiscal 2874 e “*demais itens constante da autuação*”, em que pese a indicação errada do Inciso (Inciso II e não Inciso I do art. 150 do RPAF), não merece prosperar, pois trata-se de situação fática quanto aos lançamentos tributários sem recolhimento do imposto em operações interestaduais de venda de gás natural destinada ao Estado de Pernambuco, nada ensejando “*realização de vistoria ou exame de caráter técnico e especializado*”.

Aduz que os próprios argumentos da defendente já indicam conhecimento da matéria. Esta argumentação ganha corpo quando confrontada a quesitação pretendida, que coloca na condicional “se” ocorreu o recolhimento.

Entende ser da própria essência da acusação fiscal, que o ICMS relativo às operações de venda interestadual de gás natural não foi recolhido. Caberia aqui, única e tão somente à impugnante, fazer prova do recolhimento, não se vislumbrando abrigo ao espírito do art. 150 do RPAF e seus incisos. Pelo contrário, a despeito da manifestação contrária de forma antecipada feita pela defendente em sua impugnação, propugna pela aplicação do art. 147, Inciso II, do RPAF/99, por

não depender de conhecimento especial de técnicos e desnecessária em vista de outras provas produzidas, mas sim, tratar-se de mera produção de prova de que o imposto fora recolhido tempestivamente, ou depositado em juízo.

Por fim, aduz que a observação de que “*a perícia que se requer neste momento é a verificação, nos documentos fiscais, dos recolhimentos de ICMS-DIFAL realizados pela contribuinte*” é assunto estranho a esta autuação, não sendo aqui considerado.

Por oportuno, ressalta que todos os detalhes que ensejaram a autuação, estão descritos em “NOTAS” que explicam a origem de cada valor no final do Quadro-Demonstrativo do Anexo I.

À vista do quanto relatado, pede ao Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF, a manutenção do presente feito fiscal em todos os seus termos e valores, como forma de Justiça Fiscal.

VOTO

Embora o defendente não tenha alegado qualquer vício de forma no presente Auto de Infração, que resultasse em sua nulidade, compulsando os elementos que compõem este processo, observo que se verifica, no próprio corpo do auto de infração, a descrição detalhada dos motivos que resultaram em sua lavratura. A descrição dos fatos, o enquadramento legal e os demonstrativos que acompanham o Auto de Infração permitem o conhecimento da acusação imputada e do débito tributário lançado, possibilitando, assim, o pleno exercício do direito de defesa. O fato descrito no Auto de Infração está materialmente comprovado no demonstrativo e CD acostados.

Constato que a sua composição, processamento e formalização se encontram em total consonância com o RICMS/2012, com a Lei nº 7.014/96 e com o RPAF-BA. Ou seja, o lançamento tributário contém todos os pressupostos materiais e essenciais, pois, a sua lavratura obedeceu ao disposto no art. 39 do RPAF/99, incorrendo quaisquer das hipóteses previstas no art. 18, do RPAF/99, capaz de inquinar de nulidade o lançamento de ofício.

Quanto à solicitação de perícia, denego, por entender ser desnecessária a remessa dos autos para a realização de diligência e/ou perícia fiscal, visto que a matéria, de ordem fática, quanto à falta de recolhimento do ICMS destacado em documentos fiscais e escriturados em seus livros fiscais, foi precisamente esclarecida pela própria impugnante e confirmada pelo Autuante. Assim, com fulcro no art. 147, I, “a”, e II “a” e “b” do RPAF-BA/99 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia aprovado pelo Decreto nº 7.629/99), indefiro o pedido de prova pericial/diligência, pois não é necessária, já que os elementos existentes no processo, são suficientes para a formação do convencimento dos Julgadores.

No mérito, o autuado foi acusado da falta de recolhimento do imposto nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de fevereiro a abril de 2019. (Infração 02.01.01).

De início, o defendente apontou ter constatado, que aconteceram dois erros de digitação no descritivo da infração, em relação a duas notas fiscais. A nota fiscal “2834”, emitida em fevereiro de 2019, corresponde, na verdade, à nota “2832”, como consta nos demonstrativos elaborados pelo Autuante. Igualmente, a nota fiscal “2873” de 07/05/2019 é, na verdade, a “2973” conforme consta nos demonstrativos.

Em sede de informação fiscal, o Autuante concordou que teria cometido o equívoco mencionado. Disse que com relação à numeração das notas fiscais relatadas na descrição dos fatos, à fl. 01 do AI, assiste razão à impugnante, devendo prevalecer a numeração do Anexo I. Assim, na descrição dos fatos, *Onde se lê*: “Ao estornar em duplicidade o ICMS referente às notas fiscais 2829, 2831 e 2834 emitidas em fevereiro...”, *Leia-se*: “Ao estornar em duplicidade o ICMS referente às notas fiscais 2829, 2831 e 2832 emitidas em fevereiro/19...” e *Onde se lê*: “Em abr.19, efetuou o estorno do ICMS referente à NF 2873 de 07.05.19 no valor de R\$.3.511.396,80...” *Leia-se*: “Em abr.19, efetuou o estorno do ICMS referente à NF 2973 de 07.05.19 no valor de R\$.3.511.396,80...”.

Sobre estas alegações, verifico que não trouxe qualquer prejuízo à defesa do contribuinte, que inclusive, apontou o número correto das respectivas notas fiscais, que estavam corretamente escrituradas no levantamento fiscal.

Analisando os elementos que compõem o presente PAF, observo que a autuação se deu devido a falta de recolhimento do ICMS sobre operações de venda de Gás Natural, destinadas a contribuinte localizado no Estado de Pernambuco. Estas operações foram objeto da Ação de Consignação em Pagamento nº 0004931-87.2015.8.17.2001, que tramitou na 5ª Vara da Fazenda Pública de Recife-PE e foi promovida pela Petrobrás, em face do Estado da Bahia, dentre outras Unidades da Federação.

A própria defendente explicou nas razões defensivas, que em função da propositura da Ação de Consignação em Pagamento, adotou como sistemática de controle, o procedimento de lançar o débito normalmente, no livro de Registro de Saídas e efetuar o Estorno de Débito no livro RAICMS, depositando em Juízo, o valor estornado. Ao estornar em duplicidade o ICMS referente às Notas Fiscais 2829, 2831 e 2834 emitidas em fevereiro/19, efetuou normalmente o depósito relativo a uma vez o valor, mas recolheu a menor na apuração do mês correspondente, como consequência da duplicidade. Em março e abril de 2019, efetuou o estorno referente às NFs 2874 de 22.03.19 e 2966 de 07.05.19, respectivamente, não efetuando os depósitos correspondentes. Em abril de 2019, efetuou o estorno do ICMS referente NF 2873 de 07.05.19 no valor de R\$3.511.396,80, porém depositou em juízo o valor de R\$ 567.291,50. Tudo conforme cópias dos RAICMS (Anexos II a IV), Cálculo da Consignatória elaborado pelo Contribuinte (Anexo V) e Cópia do Extrato da Conta CEF (Anexo VI), que estão detalhados no Anexo I - Demonstrativo Falta de Recolhimento/Recolhimento a Menor, que fazem parte integrante do presente Auto de Infração. Da leitura do trecho retromencionado, extraído da impugnação, dúvidas não há, que a própria autuada confessa que deixou de realizar ou realizou recolhimento a menos do ICMS ora discutido. A defendente rebateu o lançamento referente a cobrança do imposto da NF nº 2874. O fundamento das razões defensivas, consiste na alegação de que se encontra amparada pelo provimento jurisdicional para realizar o depósito do ICMS referente à NF nº 2874, pois o crédito tributário a ela referente, se encontra *sub judice*, aguardando a definição judicial relativa à sua titularidade. Apresentou entendimento, de que o Estado da Bahia não pode exigir, via auto de infração, o pagamento do ICMS que se encontra sob crivo judicial, já que isso implicaria subtrair da apreciação do Poder Judiciário, uma quantia que ainda terá sua titularidade definida.

Acrescentou, que no presente caso, deveria a Procuradoria Geral do Estado peticionar ao Juízo competente, requerendo a complementação do depósito por parte da Petrobrás. Isso porque, a discussão sobre a correição ou incorreção dos valores depositados deveria ocorrer no bojo do processo judicial, e não em âmbito externo. Desse modo, disse ser no bojo da ação judicial, que se deveria requerer o depósito do ICMS da NF nº 2874, e não por meio deste auto de infração.

Para apreciar estes argumentos, necessário se faz, elucidar os fatos e termos da autuação. As operações autuadas decorrem de operações da Petrobrás, que destinam gás natural dos Estados de Espírito Santo, de Sergipe, de Alagoas e da Bahia (Estados de Origem), para o Estado de Pernambuco (Estado de Destino). Considerando conflitos de entendimentos a respeito da tributação destas operações, entre os Estados de Origem e o Estado de Destino, a Autuada judicializou a questão, materializada através de ação de consignação em pagamento, distribuída à 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Recife, Estado de Pernambuco, sob o nº 0004931-87.2015.8.17.2001. No processo judicial, foi deferida a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários lançados, a partir da realização de depósitos judiciais, conforme termos da decisão interlocutória, cópia em anexo.

Em sede de informação fiscal, o Autuante esclareceu que em ação fiscal, constatou o não recolhimento tempestivo pela Petrobrás, para o Estado da Bahia, dos valores do ICMS constantes nas notas fiscais relacionadas no Anexo I - *Demonstrativo Falta de Recolhimento/Recolhimento a Menor Relativo a Vendas de Gás Natural para Estado de Pernambuco - CITY GATE – 2019*.

Explicou que desde março/2015, a questão destas operações dos chamados “City-Gate”, foi objeto de contestação pela PETROBRÁS. Por isso, foram lavrados mais dois Autos de Infração sobre estas operações referentes aos exercícios de 2015 a 2018, que tiveram reconhecidos sua procedência no julgamento pelo Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF. A PETROBRÁS optou, a partir de março/2015, por depositar em juízo os valores em discussão, em ação de consignação em pagamento. Em 26.12.19, sentença homologatória do Juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública de Pernambuco, reconheceu o negócio jurídico entre os Estados litigantes e a PETROBRÁS, determinando a expedição de alvará/transferência de valores, cabendo ao Estado da Bahia o valor de R\$54.059.198,59. Sendo assim, por este instrumento legal, as partes optam por dar termo final às discussões e reconhecem os valores levantados. Por parte do Estado da Bahia, os valores transformados em renda por força da sentença homologatória, foram utilizados para quitação de Autos de Infração pertinentes, entre eles os mencionados anteriormente.

Concluiu, que o levantamento das operações de venda de gás natural para o Estado de Pernambuco, relativas ao ano de 2019, à época da lavratura do presente Auto de Infração, já estava sob a égide da sentença homologatória do negócio jurídico, razão pela qual, os valores efetivamente depositados, conforme extrato da Caixa Econômica Federal, foram abatidos no demonstrativo do Anexo I, conforme detalhado na Coluna R da planilha, nota fiscal, por nota fiscal.

Neste cenário, é forçoso concluir, que ao contrário do que alega o defendente, a fase processual da ação consignatória no momento do levantamento fiscal ora apreciado, já havia se encerrado com a sentença homologatória de 26.12.19, relativamente ao negócio judicial, e que, portanto, conforme corretamente concluiu o Autuante, qualquer parcela devida do ICMS decorrente das operações de “City Gate”, deve ser discutida no âmbito administrativo e não no judicial. Em outro dizer, a autuação se deu em absoluta consonância com a lei, estando apto a surtir os efeitos jurídicos a ele inerentes, inexistindo qualquer afronta ao devido processo legal.

O defendente afirmou, que em relação às demais notas fiscais relacionadas pelo Autuante, o recolhimento do ICMS já havia sido realizado, e para demonstração deste fato, suscitou a necessidade de realização de perícia, tendo em vista a divergência em relação às planilhas elaboradas pela fiscalização.

Conforme já apreciado neste voto, para o deslinde desta questão, é desnecessário conhecimento especial de técnicos, para conclusões a respeito da lide. Caberia ao autuado apresentar os documentos comprobatórios de que realizou os recolhimentos do ICMS lançado no presente auto de infração, ou a prova de que realizou os depósitos judiciais correspondentes, o que não aconteceu.

Registro que o artigo 123 do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração, não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Face ao exposto, entendo que o autuado não trouxe aos autos, qualquer fato ou prova que tivesse o condão de descaracterizar ou modificar o presente lançamento de ofício.

O Autuado registrou ainda, que possui escritório na Av. Antônio Carlos Magalhães, nº. 1.113, 17º. Andar, Itaipara, CEP 41.830-900, Salvador/BA, onde requer receber as intimações, notificações e citações físicas a respeito deste processo. Saliento que, embora não seja obrigatória, a comunicação de intimações e decisões ao advogado da empresa, mas sim, à parte envolvida na lide, enviadas ao endereço constante do seu cadastro junto ao Estado, nada obsta que seu pleito seja atendido pelo setor competente deste CONSEF, enviando as intimações sobre o presente processo no endereço indicado.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, nos termos apurados pelo Autuante.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **280080.0007/20-6**, lavrado contra **PETRÓLEO BRASILEIRO S. A. PETROBRÁS**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.840.723,16**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 24 de março de 2021.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - JULGADOR