

A.I. Nº - 280080.0066/04-0
AUTUADO - DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO BAHIA S/A
AUTUANTE - FRANCISCO NOBRE DE OLIVEIRA
ORIGEM - INFRAZ JEQUIÉ
INTERNET - 15/12/05

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0459-03/05

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS [GASOLINA, DIESEL E ÁLCOOL]. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Refeitos os demonstrativos foi reduzido o valor do débito, tendo o autuado reconhecido o valor remanescente. Convertido em multa de 1 UPF a exigência do imposto relativo a mercadorias adquiridas com imposto pago antecipado. Infração parcialmente subsistente. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. **a)** EMISSÃO DE DOCUMENTOS SEM OBSERVÂNCIA DA ORDEM NUMÉRIA SEQUENCIAL. **b)** UTILIZAÇÃO DO MESMO NÚMERO EM FORMULÁRIOS COM NUMERAÇÃO DIFERENTE. UPF. **c)** ENCADERNAÇÃO SEM OBEDIÊNCIA A NUMERAÇÃO SEQUENCIAL. Multas por descumprimento de obrigações acessórias. Reformulado o enquadramento das multas das infrações 2, 4 e 5, resultando em 3 UPF-BA. Infrações parcialmente reconhecidas. 3. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE ENTRADAS. REGISTRO DE DOCUMENTOS FISCAIS DESTINADOS A ESTABELECIMENTO DIVERSO. MULTA. Infração reconhecida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 23/12/04, exige ICMS no valor de R\$33.112,44 acrescido de multa de 70%, além de multas de natureza acessória totalizando R\$4.884,33 relativo as seguintes infrações:

01. Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado - R\$33.112,44 (1999).
02. Utilizou documento fiscal autorizado para processamento de dados, para emissão manual sem incluir no sistema a numeração seqüencial, infringindo o art. 661 do RICMS/BA, tendo sido aplicada multa de 40 UPF - R\$1.588,40.
03. Escriturou no livro de Registro de Entrada de Mercadorias, documentos fiscais destinados a outro estabelecimento. Consta, na descrição dos fatos, que registrou as notas fiscais de nº 529, 65775 e 66085 que não eram destinadas ao seu estabelecimento, tendo sido aplicada multa de R\$1.588,40.
04. Encadernou documentos fiscais de saídas, sem obedecer à numeração seqüencial, conforme disposto no art. 693 do RICMS/BA, deixando de incluir documentos que foram entregues a

fiscalização em folhas soltas, conforme números indicados no Auto de Infração, tendo sido aplicada multa de R\$1.588,40.

05. Utilizou o mesmo número de documento fiscal em formulários com numeração diferente. Consta na descrição dos fatos, que o número 5106 foi utilizado nos formulários de nº 2280 e 2292, tendo sido aplicada multa de R\$1.588,40.

O autuado, na defesa apresentada às fls. 99 a 107, discorre sobre as infrações e inicialmente diz que em relação a omissão de saída de mercadorias apurada na primeira infração, dos produtos gasolina e óleo diesel, por disposição de lei o sujeito passivo por substituição tributária é o fabricante (refinaria) e já tendo adquirido os citados produtos com a fase de tributação encerrada não cabe qualquer exigência do ICMS sobre a suposta venda sem emissão de nota fiscal, o que implica em b-tributação do imposto. Ressalta que efetivamente não ocorreram as vendas sem nota fiscal apontada na autuação. Transcreveu às fls. 100 a 102, as ementas dos Acórdãos JJF 029-01/02, JJF 2313/00 e CJF 2563/00 para fundamentar sua alegação, admitindo que no máximo, caberia a aplicação de uma multa fixa de R\$50,00 pela falta de emissão de documento fiscal nas vendas de mercadorias com imposto pago antecipadamente.

Afirma que no levantamento quantitativo não foram computadas diversas notas fiscais de saídas, que indicou por produto:

GASOLINA C, foi apurada a omissão de saída 34.488 litros: Não foram computadas as quantidades consignadas nas notas fiscais de nºs 7647, 8163, 8400, 8564, 8565 e 8576, cujas cópias foram acostadas às fls. 122 a 127, totalizando vendas de 35.000 litros o que aniquila a omissão apontada pelo autuante;

ÓLEO DIESEL, foi apurada a omissão de saída 64.941 litros: Não foram computadas as quantidades consignadas nas notas fiscais de nºs 8162, 8372, 8386, 8389, 8396, 8398, 8550, 8552, 8556, 8501 e 8586, cujas cópias foram acostadas às fls. 128 a 150, totalizando vendas de 65.000 litros o que aniquila a omissão apontada pelo autuante;

ÁLCOOL, que no período fiscalizado não se encontrava no regime de substituição tributária, foi apurada a omissão de saída 99.614 litros, mas que no seu entendimento existiu uma omissão de apenas 22.348 litros, decorrente de erros operacionais e que é insignificante esta quantidade em relação ao volume comercializado, conforme demonstrou:

- a) Excluir 12.500 litros referentes às quantidades constantes das notas fiscais de saídas de nºs 5122, 5505, 8376, 8385, 8395, 8399, 8401, 8555, 8560, 10799 e 12253, que não foram computadas pelo autuante. Diz que juntou ao PAF, algumas cópias das notas fiscais, que indicou à fl. 109 e documento extraído do seu sistema de controle, com indicação da nota fiscal e que empreenderá esforços para encontrar as notas fiscais faltantes para acostar oportunamente ao PAF;
- b) Excluir entrada de 25.287 litros referente à nota fiscal de nº 1803 emitida pela Destilaria Vale do Catangy, que se refere a simples faturamento de 30.000 litros no exercício de 1999 e que efetivamente só entrou no estabelecimento naquele exercício a quantidade de 4.713 (fl. 156) litros pela nota fiscal de nº 1813 (fl. 157);
- c) Com a exclusão das quantidades acima indicadas resulta em omissão de saída de 49.227 litros. Afirma que devem ser consideradas as perdas com evaporação do produto, que não foi computada pelo autuante. Transcreveu a ementa do Acórdão CJF 0128-11/02, cuja decisão trata de perdas normais ocorridas no processo produtivo e diz que de acordo com o disposto na Portaria nº 26/92 do Departamento Nacional de Combustíveis (DNC), é considerado “perda normal” para a comercialização de combustível, um percentual em torno de 0,6% sobre o estoque físico. Afirma que a própria SEFAZ reconhece esta perda como normal na comercialização de combustível, tanto nos postos de combustíveis como também para as distribuidoras, conforme parecer contido no Processo de Consulta nº 00486620018, cuja cópia juntou às fls. 159 e 160. Por fim, afirma que tendo

movimentado um estoque físico de 4.479.955 litros no exercício de 1999, deve ser deduzida da autuação a quantidade de 26.879 litros, que deduzido da quantidade acima indicada de 49.227 litros, resulta em saída sem comprovação de 22.348 litros e imposto devido de R\$3.846,65, valor este que foi recolhido conforme DAE juntado à fl. 161, juntamente com os acréscimos moratórios e multa.

Em relação à infração 02, alega que não há previsão específica para a multa aplicada e requer que seja enquadrada no art. 42, XXII da Lei nº 7.014/96, correspondente a R\$50,00.

No tocante à infração 03, afirma que no seu entendimento o enquadramento correto da multa aplicada é o previsto no art. 42, XVIII, “b” da Lei nº 7.014/96, de R\$140,00.

Quanto às infrações 04 e 05, alega que não há previsão específica para as multas aplicadas e requer que sejam enquadradas no art. 42, XXII da Lei nº 7.014/96, para cada item, resultando em valor de R\$50,00 cada, totalizando R\$100,00.

Ressalta que as multas por descumprimento de obrigações acessórias foram indicadas na autuação em UPF, unidade monetária que já foi extinta, o que elevou bastante os valores autuados. Diz que recolheu R\$290,00, correspondente ao valor devido, conforme DAE juntado à fl. 162.

Por fim, protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de documentos e com base nos documentos carreados ao PAF em relação à primeira infração, requer que sejam feitos revisão fiscal por estranho ao feito e que seja julgado parcialmente procedente com valor reconhecido de R\$3.846,65 relativo a ICMS e R\$290,00 de multas formais.

O autuante presta Informação Fiscal (fl. 170 a 173), esclarece que ao dar início à fiscalização no estabelecimento do contribuinte, constatou que no local só funcionava o escritório de compras e vendas, sendo que a armazenagem dos produtos é feita em outro local e que ao concluir a fiscalização ficou impossibilitado de dar ciência pessoal ao contribuinte, tendo sido feita por meio de via postal.

Passou a discorrer sobre os argumentos apresentados na defesa e diz que no levantamento quantitativo procedido por ele, conforme demonstrativos juntados às fls. 6 a 52, foram apuradas tanto omissões de entradas como de saídas de mercadorias.

Quanto à omissão de saída de mercadorias apuradas relativas a Gasolina C e Óleo Diesel, diz que acata a alegação defensiva de que não cabe a exigência do ICMS sobre as operações de saídas, tendo em vista que o imposto foi pago antecipadamente e propõe que seja convertida em multa de caráter acessório por falta de emissão de documento fiscal.

Em relação ao produto Álcool Hidratado, diz que acata a redução de 12.500 litros relativo às notas fiscais de nº 8.385, 8.399, 8.401, 8.555 e 8.560, conforme demonstrativo da fl. 172 e que não acata a quantidade de 20.100 litros relativo às demais notas fiscais indicadas na defesa, mas que não foram juntadas ao processo.

Quanto à alegação defensiva de que deveria ser excluído a entrada de 25.287 litros de Álcool da Destilaria Vale do Catangy, diz que não acata, tendo em vista que no período de 30.01.99 a 31.12.04 não foi dado entrada no estabelecimento da quantidade restante o que foge a normalidade praticada no mercado de combustíveis.

Afirma que elaborou novo demonstrativo (fl. 174) em que resultou em omissão de saída de 87.114 litros de Álcool.

Quanto à alegação defensiva de que deveria deduzir da omissão de saída apurada a quebra de 0,06% decorrente de evaporação, diz que não pode ser acolhida, tendo em vista que o dispositivo contido na Port. 26/92 do DNS se aplica a Posto Revendedor de Combustível e não a Distribuidora de

Combustível, que é a atividade do estabelecimento autuado. Afirma que não pode considerar a resposta formal de consulta de outro contribuinte à SEFAZ/BA, tendo em vista que não faz parte da legislação estadual e que na hipótese eventual de ocorrer perda no estabelecimento autuado, o mesmo deveria emitir documentos fiscais para ajustar os estoques nos termos do art. 201, IV do RICMS/BA.

Com as alterações procedidas, elaborou um demonstrativo à fl. 173, no qual indicou como valor devido resultante o valor de R\$15.063,63 e deduzido o valor de R\$3.846,65 resta devido o valor de R\$11.216,98.

Em relação às infrações 02, 03, 04 e 05, acata as alegações defensivas e diz que tendo sido recolhidas não resta qualquer valor devido.

Finaliza mantendo o lançamento parcialmente, propondo que o autuado seja intimado para recolher o valor restante de R\$11.216,98.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento da informação fiscal (fl. 219), concedendo dez dias para se manifestar, caso quisesse.

O autuado manifestou-se às fls. 221 a 224 e diz que reitera os termos da defesa inicial, pede a nulidade da intimação por entender que os demonstrativos apresentados na informação fiscal constitui uma nova autuação o que enseja em reabertura de novo prazo de defesa (30 dias).

No mérito, diz que se ultrapassada a preliminar de nulidade não pode se manifestar sobre os demonstrativos juntados pelo autuante às fls. 174 a 212, tendo em vista que a ausência das cópias das notas fiscais 5122, 5505, 8376, 8395, 10799 e 12253 não pode interferir no campo da obrigação principal, haja vista que as mesmas foram devidamente lançadas no livro de Registro de Saída de Mercadorias, o que pode ser comprovado mediante revisão fiscal. Alega que, se os documentos registrados na contabilidade não correspondam aos exigidos pela legislação, no seu entendimento cabe a aplicação de uma multa de caráter formal e que a exigência do ICMS implica em “bis in idem”.

Com relação à nota fiscal nº 1803, emitida pela Destilaria Vale do Catangy, afirma que deve se deduzida a entrada de 25.287 litros, tendo em vista que se trata de nota fiscal de simples faturamento e que no exercício de 1999 só deu entrada efetiva de 4.713 litros através da nota fiscal de nº 1813. Alega que a posição do fisco de computar a entrada de 30.000 litros naquele exercício é de mera presunção não autorizada em lei e que cabe ao autuante comprovar a entrada do produto em sua integralidade.

Em relação às perdas por evaporação, diz que é equivocado o posicionamento do autuante de que só se aplica a Posto Revendedor e que é pacífico o entendimento de que o processo de produção, transporte, armazenamento implica em quebra de quantidade que é considerada normal pela DNC e pela SEFAZ com respaldo na Portaria nº 26 do DNC. Alega que o autuante não se pronunciou sobre a resposta no processo de consulta de nº 486620018, cujo parecer afirma que se aplica “não só aos postos de revenda, mas também para as distribuidoras”. Conclui afirmando que deve ser considerada a dedução de 26.979 litros de álcool do levantamento fiscal o que resulta em omissão de saída de 22.348 litros e ICMS devido de R\$3.846,65, que já foi recolhido.

Por fim, reitera os termos da defesa inicial e pede que seja feita revisão por fiscal estranho ao feito ou que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte com a condenação limitada ao quanto confessado.

O autuado, conforme documentos juntados às fls. 267 e 268, através do processo de nº 175757/2005-0, reconheceu o débito remanescente de R\$11.216,98 e efetuou o pagamento utilizando os benefícios fiscais concedidos pela Lei nº 9.650/05, conforme documento juntado à fl. 277 pela Secretaria do CONSEF.

VOTO

O autuado na manifestação apresentada à fl. 221, suscitou a nulidade da intimação fiscal sob alegação de que os novos demonstrativos juntados pelo autuante com a informação fiscal constituíram novo lançamento e que teria direito ao prazo de 30 (trinta) dias para apresentar nova defesa e não 10 (dez) dias como lhe foi concedido. Rejeito o pedido formulado, tendo em vista que de fato ocorreu o refazimento dos demonstrativos iniciais em decorrência das provas apresentadas na defesa. Tendo o autuado sido notificado das alterações ocorridas nos demonstrativos que deram suporte a autuação, cabe a concessão do prazo de 10 (dez) dias, nos termos do art. 18, § 1º do RPAF/BA e não um novo prazo para apresentar defesa, como quer o contribuinte. Além do mais, em 28/09/05, o autuado reconheceu o débito resultante apurado na infração 1, e efetuou o pagamento com o benefício fiscal concedido pela Lei nº 9.650/05, desistindo do recurso administrativo interposto no curso do processo administrativo.

No mérito, o Auto de Infração trata da falta de recolhimento de ICMS relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis, sem a emissão de documentos fiscais (infração 1) e aplicação de multas por descumprimento de obrigações acessórias (infrações 2 a 5).

No que se refere à infração 01, o autuado apresentou defesa inicial, reconhecendo como devido o valor de R\$3.846,65 e indicou diversas inconsistências no levantamento quantitativo de estoques. O autuante, na informação fiscal, acatou parte das alegações em relação aos produtos Gasolina C e Óleo Diesel, e admitiu que em se tratando de omissão de saída de mercadorias já adquirida com a fase de tributação encerrada não cabe qualquer exigência do ICMS, e sim a aplicação de uma multa fixa de R\$50,00 pela falta de emissão de documento fiscal. Relativo a omissão de saída de Álcool Hidratado, acatou parte da impugnação e elaborou novo demonstrativo (fl. 174) em que resultou em omissão de saída de 87.114 litros de Álcool e ICMS devido de R\$15.027,17.

O autuado, tendo reconhecido e pago o valor de R\$3.846,65, relativo a infração 1, no momento da defesa, ao tomar conhecimento da informação fiscal reconheceu e pagou, utilizando os benefícios fiscais da Lei nº 9.650/05, o valor remanescente de R\$11.180,52 e também o valor de R\$36,46 relativo a multa de 01 UPF, por descumprimento de obrigação acessória (falta de emissão de documentos fiscais) proposta pelo autuante.

Dessa forma, entendo que tendo sido constatado a omissão de saída de Gasolina C, cujo imposto já tinha sido pago antecipadamente, não cabe qualquer exigência de ICMS e deve ser convertido em multa de uma UPF vigente na época do fato gerador. Quanto à omissão de saída de Álcool Hidratado, tendo o autuado reconhecido a procedência parcial da autuação em relação à infração, nos termos do art. 1º, § 2º da Lei nº 9.650/05, implica em desistência do recurso administrativo interposto e acato o demonstrativo apresentado pelo autuante à fl. 210, como o do presente lançamento com valor exigido de R\$15.027,17 o que resulta em valor total na infração de R\$15.063,63.

Em relação à infração 02, o autuado alegou que não há previsão específica para a multa aplicada e pediu que fosse enquadrada no art. 42, XXII da Lei nº 7.014/96, correspondente a R\$50,00. Constatou que a infração apontada indica que o contribuinte utilizou documento fiscal para processamento de dados, para emissão manual sem incluir no sistema a numeração sequencial. Entendo que não há previsão legal específica e deve ser convertida em multa de 1 UPF prevista na redação original do art. 42, XXII da Lei nº 7.014/96, com efeitos até 31/12/00.

Quanto à infração 03, o autuado alegou que o enquadramento correto da multa aplicada é o previsto no art. 42, XVIII, "b" da Lei nº 7.014/96, de R\$140,00. Verifico que a infração apontada descreve que o contribuinte registrou no livro de Registro de Entrada de Mercadorias notas fiscais destinadas a outro estabelecimento, sendo aplicado multa de 3 UPFs. Entendo que está correta a multa indicada enquadrada no art. 42, XVIII, "b" da Lei nº 7.014/96, pela escrituração irregular, em desacordo com as

norma regulamentares e deve ser mantido o valor exigido de três UPFs, vigentes na época do fato gerador.

Quanto às infrações 04 e 05, verifico que tratam de encadernamento de notas fiscais de saídas sem obedecer a numeração sequencial e uso do mesmo número de documento fiscal em formulários de segurança diferentes, que não há previsão legal específica e deve ser enquadrada no art. 42, XXII da Lei nº 7.014/96, para cada item, resultando em valor de uma UPF cada, vigente à época do fato gerador.

Quanto à alegação defensiva de que ao apontar sanções em UPF/BA, que já foram extintas, "elevou sensivelmente os valores autuados", não procede, haja vista que não há incidência de correção monetária nem acréscimos moratórios sobre as multas aplicadas, como pode se constatar no demonstrativo de débito acostado à fl. 04 do PAF.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme demonstrativo abaixo:

| Inf. | Data da Ocorr. | Data Vencto | Base de Cálculo | Aliq. % | Valor do Débito | Multa Fixa |
|-------|----------------|-------------|-----------------|---------|-----------------|------------|
| 1 | 31/12/99 | 09/01/00 | 60.108,68 | 25,00 | 15.027,17 | |
| 1 | 31/12/99 | 31/12/99 | | | | 1 UPF |
| 2 | 31/12/99 | 31/12/99 | | | | 1 UPF |
| 3 | 31/12/99 | 31/12/99 | | | | 3 UPF |
| 4 | 31/12/99 | 31/12/99 | | | | 1 UPF |
| 5 | 31/12/99 | 31/12/99 | | | | 1 UPF |
| Total | | | | | 15.027,17 | 7 UPF |

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 280080.0066/04-0 lavrado contra **DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO DA BAHIA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$15.027,17**, corrigido monetariamente, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios, além das multas no total de **7 UPF-BA**, previstas no art. 42, XVIII, "b" e XXII da citada Lei, devendo ser homologados os valores já pagos.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de dezembro de 2005.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - RELATOR

MARIA DO SOCORRO FONSECA DE AGUIAR - JULGADORA