

PROCESSO - A. I. Nº 279469.0005/11-7
RECORRENTE - PETRÓLEO BRASILEIRO S/A. – PETROBRÁS (RPBA ESTAÇÃO UNIFICADA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0018-02/12
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 10/10/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0290-11/12

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 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. Ocorre perda do benefício do diferimento as operações realizadas sem a emissão da nota fiscal e como previsto na legislação o imposto nestas circunstâncias deve ser exigido como se não houvesse o benefício fiscal. A multa aplicada é a prevista na lei estadual, portanto legal. Não apreciados o pleito de declaração de sua inconstitucionalidade e rejeitada a nulidade tendo em vista que pela descrição da infração é possível identificar a previsão na alínea correspondente do artigo e inciso indicado na sua tipificação da infração. Infração não elidida. Argumentos recursais incapazes de modificar a Decisão recorrida. Rejeitadas as preliminares suscitadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto para modificar a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, consubstanciada no Acórdão JF nº 0018-02/12, a qual julgou Procedente o Auto de Infração em questão, lavrado em 28/07/11 para exigir ICMS, no valor de R\$36.328.747,07 acrescido da multa de 70%, em decorrência da 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, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias relativo ao mês de abril de 2010. Consta na descrição dos fatos que o valor autuado resulta de levantamento fiscal procedido junto aos Registros de Inventário, Controle da Produção e notas fiscais de saídas e entradas, bem como Relatórios de Produção, conforme demonstrativos constantes dos Anexos I e II.

Na defesa apresentada o sujeito passivo esclarece que trata de operações de saída tributável de petróleo (Baiano Mistura), no mês de abril/10, relativo a envio por transferência, do estabelecimento extrator/produtor - Unidade Operacional de Produção (UO/BA), para a Unidade Industrial de Refino (RLAM), situados neste Estado.

Alegou que por falha no processamento da NFe no portal oficial do Estado, não conseguiu gerar a nota fiscal da movimentação e por se tratar de um processo via duto, ocorreu a transferência física, materializada pelos registros contábeis dos estabelecimentos envolvidos (UO/BA X RLAM).

Argumentou inexistir má-fé, mas, sim, uma falha operacional, sem prejuízo ao Fisco, visto que a operação é diferida para o momento da saída dos derivados produzidos pelo destinatário.

A 2ª JfF prolatou a seguinte Decisão:

Pelo lançamento ora em discussão exige-se ICMS, face a constatação em auditoria de estoques de diferenças de saídas de mercadorias tributadas (Petróleo Baiano Mistura), no mês de abril de 2010, cujo valor autuado resulta de levantamento fiscal procedido pela fiscalização junto aos Registros de Inventário, Controle da Produção do Estoque, e notas fiscais de entradas e de saídas, bem como

Relatórios de Produção, tudo conforme demonstrativos e documentos constantes às fls. 04 a 12.

O levantamento quantitativo por espécie de mercadorias encontra-se devidamente demonstrado às fls. 04 e 05, com base nos documentos constantes às fls. 06 a 12, onde constam especificadas as quantidades das entradas e as saídas; os estoques inicial e final, o demonstrativo de estoque, e a demonstração de apuração do débito.

De acordo com os citados demonstrativos, o levantamento que resultou na autuação fiscal é composto de diversos quadros demonstrativos que explicitam todo o trabalho realizado, nos quais a fiscalização específica o produto objeto da exigência fiscal, bem como as quantidades, e os demais dados necessários e considerados, e se baseia no seguinte:

Coluna A – ESTOQUE INICIAL = 86.489,890: O volume do produto em estoque corresponde à quantidade do produto constante no livro Registro de Controle da Produção e do Estoque (RCPE).

Coluna B – ENTRADAS = 194.122,72: A quantidade das entradas tomou por base a entrada do produto no estoque em cada mês, decorrente da produção do próprio estabelecimento (Boletim Mensal de Produção/Demonstrativo de Apuração dos Royalties), mais as aquisições junto a outros estabelecimentos (notas fiscais de entradas).

Coluna C – ESTOQUE FINAL = 83.757,447: Volume do produto em estoque no final do mês, lançados no livro Registro de Controle da Produção e do Estoque (RCPE).

Coluna E – SAÍDAS COM NF = 0: Saídas do produto do estabelecimento amparadas com nota fiscal.

Coluna F – SAÍDAS OUTRAS = 1.670,160: Saídas do produto lançadas no Registro de Controle da Produção e do Estoque (RCPE), sob os títulos de “perda movimentação”, “falta movimentação” e/ou “falta inventário” (objeto da autuação anterior).

E, foi com base nesse procedimento que restou constatada omissão de saídas de 195.185,003 m³, sendo exigido o imposto de acordo com o que preceitua a Portaria nº 445/98.

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, salvo se comprovado que houve erro no levantamento fiscal.

Na defesa o sujeito passivo em momento algum contestou os números consignados no levantamento fiscal, porém, alegou que a diferença apurada diz respeito a transferência da Unidade Operacional de Produção (UO/BA), para a Unidade Industrial de Refino (RLAM), situados neste Estado, de propriedade do mesmo contribuinte, da referente a produção de Petróleo Baiano mistura, que por falha no processamento da nota fiscal eletrônica no portal oficial do Estado, o seu empregado não conseguiu gerar a nota fiscal necessária à movimentação em questão e, ato contínuo, por tratar-se de um processo via duto, a operação de transferência física, materializou-se, fato este confirmado pelos registros contábeis dos estabelecimentos fiscais envolvidos (UO/BA X RLAM).

Analizando os DANFes (Documento Auxiliar de Nota Fiscal Eletrônica) nº 138 e 93, fls. 74 e 75, verifico que neles constam transferência de 195.627,822 e 200.485,559 m³ de “Baiano Mistura”, em 31/05/2010 e 31/03/2010, do estabelecimento autuado para o estabelecimento da Petrobrás localizado em São Francisco do Conde, Inscrição Estadual nº 02604576, para o estabelecimento autuado, porém, tais quantidades diferem da diferença apurada na auditoria de estoque (195.185,003 metros cúbicos).

Além disso, o autuado acostou à fl. 77 uma cópia da página da internet datada de 30/04/2010, para comprovar que, por problema operacional do sistema eletrônico, que segundo ele, se refere a tentativa em vão de emitir o DANFE relativo ao produto objeto da autuação. Através do citado documento não há como se afirmar se houve impossibilidade de emissão do documento fiscal eletronicamente. Se, de fato, isso ocorreu, o autuado poderia ter adotado as providências no sentido de obter autorização para emissão do documento fiscal de forma não eletrônica, se fosse o caso.

Pelo que se vê, o sujeito passivo reconhece que deixou de emitir o respectivo documento fiscal, não havendo como prosperar se argumento de que tal fato se constitui em mero descumprimento de obrigação acessória, pois de acordo com o 201, do RICMS/97, o documento fiscal deve ser emitido pelo contribuinte sempre que realizar

operação sujeita à legislação do ICMS, como é o caso do produto objeto da autuação.

Ressalto que a nota fiscal é um documento fiscal que tem por finalidade acobertar a circulação de mercadoria ou a prestação de serviço, para fins fiscais, conforme previsto no artigo 218 combinado com o artigo 34, VI-A, XII e XIII, do RICMS/BA.

Quanto a alegação de inocorrência da omissão de saída de mercadoria tributada, por inexistência de circulação econômica e jurídica de mercadorias, por se tratar de transferência interna entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, e em razão de ausência de prejuízo econômico para o Estado da Bahia à vista de que, por força do diferimento, a tributação ocorre no momento das saídas tributadas dos derivados produzidos da refinaria, não é capaz para descaracterizar a exigência fiscal pois a mercadoria circulou sem nota fiscal.

Além do mais, o autuado em momento algum comprovou que o documento fiscal fora emitido em momento posterior, e antes da ação fiscal, de modo a que seja confirmado o recebimento do produto pelo estabelecimento destinatário.

Também não acolho o argumento de que a exigência fiscal foi calculada por presunção “jûris tantum”, que o seu estabelecimento de extração/produção efetuou a saída da referida mercadoria – petróleo, no mês de abril de 2010, sem a emissão da nota fiscal, uma vez que o levantamento fiscal demonstra a ocorrência de omissão de saídas. Somente poderia ser considerada a exigência fiscal como presunção, se o levantamento fiscal tivesse apurado omissão de entradas.

Desta forma, constatando-se a omissão de saídas, não há nenhuma ilegalidade na autuação, tornando descabido o argumento do autuado de que o presente lançamento tributário se configura bis in idem, por se tratar de circulação meramente física entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, a título e operação de transferência do produto da área de produção para o refino, não se aplicando ao caso a jurisprudência citada na defesa.

Quanto ao pedido do autuado para realização de diligência por fiscal estranho ao feito, fica indeferido tal pedido, porque já se encontram no processo todos os elementos de minha convicção e, além disso, tal providência é desnecessária em vista das outras provas produzidas, de acordo com o artigo 147, inciso I, alínea “a” e inciso II, alínea “b”, do RPAF/99. Ademais, acorde o artigo 145, do RPAF/99, “o interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade”, o que não foi feito pelo contribuinte em sua peça de defesa.

Apreciando a alegação defensiva de ausência de tipificação e confiscatoriedade da multa de 100%, observo que a sua aplicação pelo descumprimento da obrigação principal neste processo é prevista no artigo 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e falta de indicação do inciso não é motivo de nulidade, sendo que as alegações concernentes ao seu caráter confiscatório não devem ser apreciadas por estar prevista na citada lei e em face do disposto no artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Desta forma, restando caracterizado o cometimento da infração, o débito apurado deve ser mantido, pois as provas apresentadas na defesa não foram suficientes para descaracterizar o resultado apurado pela fiscalização, e por isso, descabe a argüição de que a infração é concernente a descumprimento de obrigação acessória.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

No Recurso Voluntário interposto (fls. 113/136) o recorrente inicialmente comenta sobre a infração, Decisão da JJF, ressaltando que se mantida a procedência da autuação lhe causará inegável prejuízo econômico.

Reitera que a suposta omissão de saída decorreu da falha no sistema eletrônico de emissão de notas fiscais conforme demonstrado na defesa, o que caracteriza descumprimento de obrigação acessória – falta de emissão da nota fiscal.

Também que por se tratar de uma transferência interna entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, a não emissão da nota fiscal não causou qualquer prejuízo ao Fisco sendo injustificável a exigência do ICMS da operação, além de aplicar uma multa excessiva.

Destaca aspectos materiais e jurídicos da defesa não foram considerados pelos julgadores da primeira instância e que carecem de reapreciação para reformar a Decisão recorrida.

(i) a emissão de documentos fiscais é cumprimento de obrigação acessória que não se concretizou em face de erro operacional do sistema de emissão deste documento, conforme restou comprovado na impugnação, cuja infração impõe uma penalidade menos severa do que a aplicada no Auto de Infração e mantida na r. Decisão recorrida;

(ii) o lançamento na escrita contábil do autuado, apontada como motivo para a imposição da infração, também não pode prosperar, pois a verdade material dos autos demonstra que outras fontes de contabilização, comprovam que os registros foram efetuados, sem causar nenhum prejuízo para o Estado;

(iii) o imposto exigido no Auto de Infração não faz sentido, pois não ocorreu a circulação jurídica (transferência de propriedade), eis que se trata de operações internas entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, abrigadas pelo regime de diferimento do imposto;

(iv) não há caracterização do produto movimentado como mercadoria e, por isso, inoccorrência do fato gerador da obrigação tributária exigida, à vista de que nas saídas dos derivados do petróleo da Unidade Operacional de Refino (RLAM) ocorre à tributação;

(v) houve cerceamento do direito de defesa em face da negativa de diligência ou perícia fiscal de modo que se comprovasse os fatos alegados na impugnação através dos outros elementos de prova contidos nos autos, para, assim, descaracterizar a suposta omissão de saída tributável.

Conclui afirmando que a Decisão da 2ª JF é irrazoável, desproporcional, carecendo reapreciação.

Apresenta um resumo da lide e reclama que na Decisão não foi enfrentada a preliminar de presunção arguida, tendo o relator apenas citado à tese de defesa de que a fiscalização “fez presumir, da diferença entre o estoque de produção e o estoque contábil/fiscal do petróleo, que o estabelecimento de extração/produção do autuado efetuou a saída (venda) da referida suposta mercadoria sem a emissão das notas fiscais devidas, praticando a chamada omissão de saída”.

Alega que as diferenças de estoques apuradas pela fiscalização dizem respeito a “quantidade de produto computada no estoque de produção da empresa, em face dos ajustes de medição, após a sua saída dos poços e enviados para as Estações de Tancagens”.

Ressalta que o estoque de produção corresponde ao volume produzido e declarado em cumprimento das obrigações como concessionário definido no Contrato de Concessão e nas normas da ANP e os autuantes pretendem tributar essa parcela denominada “ajuste” considerando o volume total do petróleo extraído diretamente do poço, no seu estado bruto, sem considerar a retirada das impurezas, águas, gases, resultando em encolhimento decorrente das mudanças das características físico-químicas.

Argumenta a que esta perda (ajuste) é incorporada ao preço do petróleo no momento da determinação da base de cálculo do ICMS e a tributação dessa diferença significa tributar novamente o volume [perdido] que foi incorporado ao preço e já tributado pelo ICMS.

Afirma que a presunção da omissão de saída deve ser afastada, pois não poderia efetuar venda, sem expedição de nota fiscal, inexistindo repercussão econômica de tributação pelo ICMS.

Discorre sobre presunções relativas, ônus probatório, cita o art. 333 do Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária ao processo administrativo, transcreve decisões do Tribunal de Justiça da Bahia (Apelação 409/83) e Tribunal Administrativo-Tributário do Estado de Pernambuco (TATE), sobre a matéria (AC 1381/96) para reforçar o seu posicionamento de que a utilização das presunções depende do atendimento aos princípios constitucionais, garantias individuais, ampla defesa e o devido processo legal. E que, na situação presente, com as razões expostas e as provas a serem constituídas na instrução deste PAF, restará elidida a presunção relativa.

Diante do exposto, requer o reexame das razões de nulidade expostas na defesa.

Elenca situações fáticas motivadoras da infração: Falta de recolhimento do imposto; operações de saídas de mercadorias tributadas; efetuadas sem a emissão de documentos fiscais; sem o respectivo lançamento em sua escrita e apurado em auditoria de estoques.

Alega que não houve falta de recolhimento do imposto tendo em vista que na acusação foi adotada base de cálculo com base econômica inexistente; inexistente a incidência do imposto sobre operações de saídas de mercadorias tributadas, pois ocorreram operações de transferências de petróleo entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, não se tratando de mercadoria tributável; a emissão de documentos fiscais é cumprimento de obrigação acessória; não houve falta de lançamento na sua escrita, pois a “verdade material dos autos demonstra que outras fontes de

contabilização, comprovam que os registros foram efetuados, sem causar prejuízo para o Estado” e por último que cumpre avaliar a motivação identificada pela fiscalização do ICMS devido em decorrência de levantamento quantitativo de estoques, em razão de que “nenhuma quantificação foi necessária, pois os registros contábeis do autuado foram efetivados na escrituração fiscal dos seus dois estabelecimentos envolvidos na operação”.

Argumenta que a única omissão que cometeu foi a não emissão da nota fiscal, justificada por um problema operacional o que implicou em descumprimento de obrigação acessória e não pode ser exigido imposto presumindo omissão de saída de mercadoria sem nota fiscal (obrigação principal) e sem recolhimento do imposto como acusa a autuação. Entende que o lançamento deve ser desconstituído por ausência de justa causa jurídica.

Quanto à multa aplicada (100% - art. 42, III, da Lei nº 7.014/96), ressalta que tal aplicação deve ocorrer quando existir dolo ou má-fé por parte do contribuinte, no sentido de causar prejuízo ao Erário. Transcreve decisões de Tribunais Superiores (fl.s 124/128) para reforçar o seu posicionamento de que o procedimento adotado gerou apenas descumprimento de obrigação acessória, devendo ser afastada a multa proposta pelos autuantes, ante a ausência de culpabilidade.

Ressalta que os artigos 114 e 115 do CTN definem de forma clara o fato gerador da obrigação principal da situação necessária e suficiente para que ocorra a incidência do tributo e que o art. 223 do RICMS/BA prescreve que *“Fora dos casos previstos neste Regulamento e na legislação do IPI, é vedada a emissão de Nota Fiscal que não corresponda a uma efetiva saída de mercadorias”.*

Alega que na situação presente não houve circulação jurídica, não caracterizou mercadoria, não ocorreu o fato gerador da obrigação tributária, visto que o ICMS só pode incidir sobre operações que conduzem mercadorias nos contratos mercantis desde a produção até os consumidores finais, mas não pode tributar todas as operações jurídicas, restringindo-se à circulação de mercadorias.

Cita parte de texto de autoria de doutrinadores, Súmula 166/96 do STJ, segundo a qual, “Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte” para reforçar o seu posicionamento de que não se materializou a hipótese de incidência do imposto, pois, não ocorreu mudança de titularidade dos bens.

Ressalta, novamente, que em se tratando de operação de circulação física de produtos entre seus estabelecimentos (transferência da área de produção para a de refino), ao constituir o crédito tributário a fiscalização estaria a cobrar o ICMS que já foi pago no momento da venda do produto final objeto do refino do petróleo, situação que caracteriza a exigência do imposto duas vezes. Cita texto de doutrinadores para tentar demonstrar que tal procedimento resulta em cobrança em duplicidade do imposto, enriquecimento sem causa e sem previsão em lei.

Destaca ainda, que a multa aplicada tem efeito confiscatório, contrariando o disposto no art. 150, IV, da Constituição Federal, transcreve parte de texto de doutrinadores e decisões de Tribunais Superiores estabelecendo limites sem que tenha de declarar a sua inconstitucionalidade.

Por fim, dado a complexidade técnica da matéria requer a realização de perícia fiscal nos termos do art. 150, II do RPAF/BA, no sentido de *“examinar as causas das faltas do petróleo não submetido à tributação do ICMS, avaliar a repercussão volumétrica do custo dessas faltas na composição do preço que constituiu a base impositiva das quantidades saídas com tributação, de modo a comprovar a bitributação, e realizar as vistorias nos pontos de medição da produção, de transferência e de custódia”.* Ressalta que os “quesitos e assistentes técnicos estão indicados na peça impugnatória”.

Conclui requerendo a apreciação da preliminar de nulidade, deferimento da perícia, provimento integral do Recurso voluntário, declarando-se a improcedência do Auto de Infração.

A PGE/PROFIS manifestou-se (fls. 141/142), ressaltando que na Decisão recorrida houve apreciação da preliminar de nulidade suscitada e que a exigência fiscal é caracterizada como omissão de saída e não de omissão de entrada que ensejaria presunção legal. Manifesta que inexistem elementos que justifiquem a realização de diligência fiscal, bem como é impertinente o argumento de que não causou prejuízo ao Erário.

Devo ressaltar que parece ter havido um equívoco ao se reportar sobre “a infração 2” e multa acessória, visto que o lançamento contempla apenas uma infração.

VOTO

Inicialmente, consoante o art. 147, I, “a” e II, “b” do RPAF/99, fica indeferido o pedido formulado pelo recorrente para a realização de perícia ou diligência fiscal, tendo em vista que a mesma foi solicitada para confirmar dados apresentados na sua defesa, com suporte nos registros efetuados pelo próprio recorrente, cujas cópias de documentos e demonstrativos foram acostadas ao processo (fls. 6/12). Logo, considero desnecessária a perícia ou diligência requisitada, tendo em vista as provas produzidas nos autos e possibilidade da empresa apresentar as provas em contrário que são de sua posse.

Quanto ao questionamento dos pressupostos de validade do lançamento, observo que se trata de exigência de ICMS em decorrência da constatação de omissão de saídas de mercadorias mediante levantamento quantitativo de estoques, procedimento previsto no art. 4º da Port. 445/98. Tal constatação configura comprovação suficiente da falta de pagamento do ICMS concernente a operações efetuadas pelo contribuinte sem emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem lançamento dos valores correspondentes em sua escrita fiscal.

Logo, não se trata de presunção relativa, como afirmou o autuado na sua defesa, mas sim, de falta de pagamento, de tributo referente a operações de saídas omitidas nos livros e documentos fiscais que diante das provas apresentadas, serão apreciadas quando do mérito, ficando rejeitada a preliminar de nulidade direta ou indiretamente suscitada.

No mérito, o Auto de Infração acusa falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saída de mercadorias apurado mediante levantamento quantitativo de estoque.

No Recurso interposto, a empresa alegou que diversos aspectos materiais e jurídicos da defesa não foram considerados pelo relator da primeira instância e requer reapreciação:

- a) Não apreciação da preliminar de presunção decorrente de ajustes de produção (fl. 119/122);
- b) A omissão apurada decorre da falha no sistema de emissão de nota fiscal havendo apenas descumprimento de obrigação acessória;
- c) A verdade material demonstra que outras fontes de contabilização, comprovam que os registros foram efetuados, sem causar nenhum prejuízo para o Estado;
- d) Inexistência de circulação jurídica decorrente de movimentação interna com produto diferido;
- e) Não caracterização do produto movimentado como mercadoria, não ocorrendo o fato gerador que ocorre no momento das saídas dos derivados do petróleo da RLAM.

Além destes argumentos. Acrescentou no Recurso que:

- a) O simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte não constitui fato gerador do ICMS (Súmula 166 do STJ);
- b) A exigência do imposto sobre a operação de transferência de petróleo e também do produto resultante do refino (derivado) caracteriza *bis in idem*, não permitido pela legislação;
- c) A multa aplicada tem efeito confiscatório.

Com relação ao primeiro argumento verifico que ao contrário do que foi afirmado a 2ª JF apreciou a alegação de não exigência de imposto mediante presunção, conforme fundamentado:

Também não acolho o argumento de que a exigência fiscal foi calculada por presunção “jûris tantum”, que o seu estabelecimento de extração/produção efetuou a saída da referida mercadoria – petróleo, no mês de abril de 2010, sem a emissão da nota fiscal, uma vez que o levantamento fiscal demonstra a ocorrência de omissão de saídas. Somente poderia ser considerada a exigência fiscal como presunção, se o levantamento fiscal tivesse apurado omissão de entradas.

Desta forma, constatando-se a omissão de saídas, não há nenhuma ilegalidade na autuação, tornando descabido o argumento do autuado de que o presente lançamento tributário se configura bis in idem, por se tratar de circulação meramente física entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, a título e operação de transferência do produto da área de produção para o refino, não se aplicando ao caso a jurisprudência citada na defesa.

Além disso, observo que na defesa foi alegado apenas que o imposto foi exigido mediante presunção relativa (fls. 20/21) e no Recurso foi acrescentado que a diferença encontrada decorria de “ajuste de medição” (fl. 120) sem considerar a retirada de impurezas (águas, gases) que promove encolhimento cujo custo é incorporado no preço do petróleo. Este novo argumento contraria o apresentado logo a seguir de que ocorreu a “não emissão da nota fiscal, justificada por problema operacional do sistema eletrônico, o que constituiria, quando muito, mero descumprimento de obrigação acessória”.

Portanto, está correta a interpretação dada pela primeira instância visto que não foi exigido imposto mediante presunção e tudo indica que o argumento de que não foi considerado o ajuste é equivocado, em razão de que o próprio recorrente admitiu não ter emitido a nota fiscal relativa à quantidade de mercadorias omitidas que foi apurado pela fiscalização. Ressalte-se que no demonstrativo à fl. 5, no item “F” a fiscalização deduziu a quantidade de 1.670,160 m³ que foi registrada no livro de Registro de Controle da Produção e do Estoque, sob o título de “perda movimentação” e afins como foi escriturado pelo recorrente.

Também não prospera o argumento de que a 2ª JF não considerou o argumento de que a omissão apurada decorre da falha no sistema de emissão de NF, havendo apenas descumprimento de obrigação acessória. No voto, o relator pronunciou-se de que a cópia da página da internet (fl. 77) não comprova impossibilidade da emissão do documento fiscal e que se isso tivesse ocorrido, a empresa deveria ter adotado providências no sentido de emitir a “nota fiscal não eletrônica, se fosse o caso” e ainda que a não emissão de documento fiscal implica em descumprimento de obrigação principal.

Na realidade, quando em decorrência de problemas técnicos não fosse possível transmitir a NF-e à Secretaria da Fazenda, o contribuinte deveria gerar novo arquivo, conforme estabelecido nos termos de Ajuste SINIEF, informando que o respectivo documento fiscal eletrônico foi emitido em contingência e transmitir Declaração Prévia de Emissão em Contingência – DPEC, para a Receita Federal do Brasil, observado o disposto nos artigos 231-T e 231-J do RICMS/BA, fato cuja comprovação não foi feita.

No tocante aos argumentos de que outras fontes comprovam os registros, sem causar nenhum prejuízo ao Erário, inexistência de circulação jurídica decorrente de movimentação com produto diferido e não caracterizado como mercadoria, também não merece reparo à Decisão recorrida, visto que o relator indicou no seu voto que tomando como base os relatórios de produção, os estoques (inicial e final) e as saídas (zero) do produto no mês de abril/10 resultou na omissão de saída de 195.185,003 m³ do produto (Petróleo Baiano Mistura).

A constatação de omissão de saída de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da falta de pagamento do ICMS relativo a operações efetuadas pelo contribuinte sem emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem lançamento dos valores correspondentes em sua escrita fiscal nos termos do art. 4º da Portaria nº 445/98, com apuração do montante devido previsto no art. 60, II do RICMS/97.

Como o demonstrativo elaborado pela fiscalização relativo à movimentação dos estoques foi feita com base nos documentos e livros fiscais do estabelecimento autuado, caberia ao recorrente fazer prova para desconstituir a omissão apurada. A emissão de nota fiscal relativa a período posterior no mês de maio/10 (fl. 74) ou anterior do mês de março/10 (fl. 75) não constitui prova de regularidade em relação ao período que foi apurada a omissão (abril/10). Logo, ficou caracterizada a omissão de saída do produto (petróleo) e não pode ser acolhido o argumento de que se trata de movimentação no âmbito da empresa do produto.

No tocante argumento de que em se tratando de movimentação de produto diferido, ao tributar o produto resultante no momento da saída caracteriza *bis in idem* verifico que:

- A) Conforme disposto no art. 13, I do RICMS/97, a outorga de benefício fiscal, não dispensa o contribuinte do cumprimento de obrigações acessórias. Logo, não tendo emitido a nota fiscal relativo à saída do produto contemplado com o benefício fiscal do diferimento na operação de transferência entre seus estabelecimento, como previsto no parágrafo único do mesmo dispositivo e diploma legal “*Perderá o benefício o contribuinte que promover a circulação de mercadoria desacompanhada dos documentos fiscais exigidos na legislação*”, salvo se dispensado sua emissão em ato normativo específico. Consequentemente, a não emissão da nota fiscal para acobertar a operação, conforme determina o art. 11 e § Único do mesmo diploma legal, não tendo sido satisfeita essa condição, “o tributo será considerado devido no momento em que houver ocorrido a operação”, com os devidos acréscimos moratórios cabíveis e multa, os quais serão devidos a partir do vencimento do prazo em que o tributo deveria ter sido pago caso a operação não tivesse sido efetuada, com o benefício fiscal.
- B) Ressalte-se que tendo sido exigido o imposto relativo à operação com produto diferido decorrente da não emissão de documento fiscal, uma vez promovido à quitação do Auto de Infração, a empresa poderá adotar as providências para aproveitamento do crédito fiscal, (exclusivamente do valor do imposto) mediante emissão de documento fiscal e escrituração intempestiva, obedecendo aos critérios estipulados na legislação tributária, observado o período de prescrição e decadência.

Também não pode ser acolhido o argumento de que a não emissão da nota fiscal não provocou dano ao Erário em razão de o produto resultante ter sido tributado, visto que, não tendo sido emitida a nota fiscal de saída referente à transferência da mercadoria do estabelecimento autuado, como apreciado pela 2ª JF, não há como saber qual o real destinatário e nem mesmo se houve futura tributação daquela operação.

Com relação ao argumento de que não ocorreu circulação jurídica e deve ser aplicada a Súmula nº 166 do STJ, em primeiro lugar observo que a mesma não possui efeito vinculante. Em segundo, a mesma preconiza que “*Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte*” e na situação presente, foi constatada a omissão de saída de mercadorias apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, fato reconhecido na defesa quando admitiu não ter emitido a nota fiscal correspondente em razão de problemas no sistema de emissão de NFe, ou seja, omissão de saída de mercadorias.

No que tange ao argumento de ausência de tipificação da multa aplicada de 100% e caráter confiscatório, observo que a Decisão da primeira instância fundamentou que a mesma é prevista no art. 42, III, da Lei 7.014/96, e a falta de indicação do “inciso” [alínea] não é motivo de nulidade.

Observo que na defesa às fls. 32 e 33, a empresa transcreveu o art. 42, inciso III e todas as suas alíneas e alegou que “*nenhuma das infrações acima apontada descreve com exatidão a conduta perpetrada pela contribuinte*”. Ao contrário do que foi afirmado a descrição da infração é de omissão de saída de mercadoria apurada mediante levantamento quantitativo de estoque, que se coaduna com a alínea “g” a qual tipifica: “*outras omissões de receitas tributáveis constatadas por meio de levantamento fiscal, inclusive mediante levantamento quantitativo de estoque*”. Logo, denota-se que tanto na defesa como no Recurso interposto o contribuinte entendeu e se defendeu da infração de que foi acusado e tendo sido indicado a tipificação da infração (art. 42,

III), a falta de indicação da alínea correspondente não pode ser motivo suficiente para declarar a nulidade da multa aplicada.

Com relação à alegação de que a multa tem caráter confiscatório e é inconstitucional, ressalto que de acordo com o artigo 167, inciso I, do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária. Convém salientar que conforme indicado no demonstrativo do débito (fl. 3), se atendida às condições estabelecidas no art. 45-A do mencionado diploma legal, a multa aplicada poderá ter redução em “função da data da quitação do débito”. De certa forma, a depender da atitude tomada pelo estabelecimento autuado perante a infração que lhe é imputada, o encargo da multa pode ser menor do que o percentual de 100% grafado no Auto de Infração.

Por tudo que foi exposto, concluo que os elementos trazidos no Recurso interposto, não são capazes de elidir a ação fiscal, ficando mantida na íntegra, a Decisão proferida pela 2ª JJF.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279469.0005/11-7**, lavrado contra **PETRÓLEO BRASILEIRO S/A. – PETROBRÁS (RPBA ESTAÇÃO UNIFICADA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$36.328.747,07**, acrescido da multa de 100% prevista no art. 42, II, “g”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de setembro de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS