

A. I. Nº - 279469.0005/11-7
AUTUADO - PETRÓLEO BRASILEIRO S. A. PETROBRÁS
AUTUANTE - CELSO TAVARES FERREIRA; RODRIGO J. P. SOARES e GISELE Mª F. FERREIRA
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 12.03.2012

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0018-02/12

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Este fato constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/07/2011, reclama a falta de recolhimento do ICMS no valor R\$36.328.747,07, relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento na escrita fiscal, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, relativo ao mês de abril de 2010, conforme demonstrativos às fls.04 a 12. Em complemento consta: *O valor autuado resulta de levantamento fiscal procedido por esta fiscalização junto aos Registros de Inventário, Controle da Produção do Estoque e Notas Fiscais de Saídas e Entradas de Mercadorias, bem como Relatórios de Produção, conforme demonstrativos constantes nos Anexos I e II.*

Na descrição dos fatos consta que com base nos arquivos eletrônicos do SINTEGRA e na documentação disponibilizada pela empresa foi fiscalizado o exercício de 2010. A ação fiscal teve como objetivo verificar o cumprimento das obrigações principal e acessórias decorrentes das operações de circulação de mercadorias promovidas pelo contribuinte.

O sujeito passivo, através de seu advogado legalmente constituído, interpõe defesa tempestiva, fls. 14 a 40, visando impugnar o lançamento tributário, pelas razões de fato e fundamentos de direito a seguir aduzidos.

Aduz que a autuação versa sobre suposta omissão de saída tributável de petróleo, no mês de abril de 2010, quando do envio – por transferência, do estabelecimento extrator/produtor - 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.

Alega 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).

Argumenta que está comprovado com os documentos anexados à sua impugnação, a inexistência de má-fé, mas, apenas, uma falha operacional, cujos reflexos não se traduzem em perdas financeiras ao fisco, posto que se trata de operação com diferimento do imposto para o momento da saída derivados produzidos na fase de refino do petróleo cru, no estabelecimento destinatário.

Por conta disso, argüiu a improcedência da autuação pelos seguintes motivos: (I) a inocorrência da omissão de saída de mercadoria tributada, (II) a inexistência de circulação econômica e jurídica de mercadorias, mas mera transferência interna entre estabelecimentos do mesmo

contribuinte, (III) inocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal exigida, (IV) a comprovação contábil dos lançamentos efetuados, relativos às operações de transferência do produto entre os estabelecimentos da Petrobras e, (V) a 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, (VI) a caracterização de bitributação.

Prosseguindo, fez um resumo da autuação, e transcreveu todos os dispositivos tidos como infringidos, quais sejam, art. 124/I, 201/I, 218, 323, 331, c/c art. 1º/I, 2º/I, 50, 60/II, "a", 936 e §3º do art. 938, todos do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, art. 4º e 5º da Portaria 445/98, e art. 42/III, da Lei nº 7.014/96.

Em seguida, argüiu em preliminar que a exigência fiscal foi calculada por presunção "*júris tantum*", e 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, praticando a chamada *omissão de saída*.

Sustenta que a movimentação de petróleo ocorrida no mês de abril de 2010, por transferência entre estabelecimentos, foi efetivamente documentada no livro razão da conta de estoque, evidenciando a saída do produto (PB 141 – petróleo baiano mistura) da UO/BA – centro de custo 2702 – e a entrada na unidade de destino RLAM – centro de custo 1350.

Esclarece que as referidas movimentações, naquele mês, se coadunam com o Plano de Contas do Sistema Petrobrás, pelo qual se efetua os registros de contabilização, cuja cópia anexada, comprova a inexistência de omissão de saída de mercadorias conforme descrito no Auto de Infração ora impugnado, frisando que elidiu a presunção fiscal.

Transcreve decisão do E. Tribunal de Justiça da Bahia, acerca da questão das presunções, bem como, julgamento do Tribunal Administrativo-Tributário do Estado de Pernambuco – TATE, sobre a matéria:

Mais adiante, argui a insubsistência dos fatos que motivaram a lavratura do auto de infração, contestando a conclusão fiscal de que houve (I) **Falta de recolhimento do imposto:** por se tratar de transferência de mercadoria. (II) **relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas: não houve omissão de saídas**, mas apenas operações de transferência de petróleo entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, eis que não se trata de mercadoria tributada (sic) ou tributável. (III) **efetuadas sem a emissão de documentos fiscais: a ocorrência** é descumprimento de obrigação acessória que não se concretizou em face de erro operacional do sistema de emissão deste documento. (IV) **e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita** (V) **apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado: está** demonstrado que outras fontes de contabilização comprovam que os registros foram efetivados na escrituração fiscal dos seus dois estabelecimentos envolvidos na operação, sem causar nenhum prejuízo para o Estado.

Além disso, assevera que a única omissão que veio a cometer diz respeito à não emissão da nota fiscal, justificada por problema operacional do sistema eletrônico, o que constituiria, no seu entender, mero descumprimento de obrigação acessória (nunca da obrigação principal, que é o dever de recolhimentos dos tributos imputados pela pessoa jurídica de direito público constitucionalmente competente para a sua imposição).

Sendo assim, salienta que restou evidenciado que não houve dolo ou má-fé de sua parte, tendo sua conduta apenas acarretando desencontros nos dados apresentados ao Fisco, sem causar-lhe prejuízo algum, além de não ter a ocorrência resultando em qualquer falta de pagamento, total ou parcial do imposto. Citou o entendimento do Superior Tribunal de Justiça pátrio, nos julgados abaixo colacionados:

Arguiu ainda a ilegalidade na autuação, por configurar bis in idem, por se tratar de circulação meramente física entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, a título de operação de transferência do produto da área de produção para o refino, citando lição de renomado professor de direito tributário sobre este tema., não trará nenhum prejuízo ao Erário.

Transcreveu trecho da Súmula 166, de 23/08/1996, do STJ que estabelece: “Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”, e ensinamentos doutrinários, para sustentar que descabe a exigência fiscal e a multa aplicada, por inexistência de circulação de mercadorias e ausência de transferência de propriedade.

Quanto a multa aplicada, chama a atenção de que é indispensável que se observe alguns dispositivos legais que tratam do assunto, especificamente os artigos 113, §§ 1º, 2º e 3º, 139 e 142, do Código Tributário Nacional que foram transcritos, e o artigo 42, III, da Lei nº 7.014/96, para mostrar que por ausência de indicação da respectiva “alínea” da multa no auto de infração, faz-se necessária a anulação da sanção tributária imputada pelo Auto de Infração em questão. Transcreveu a jurisprudência e lições de professores de direito sobre a questão.

Requeru a realização de diligência, por auditor estranho ao feito, com fulcro no artigo 145, 148, I, e 150, I, do RPAF/99, para apreciar os fatos e documentos produzidos em sua impugnação.

Ao final, requer a improcedência da autuação, protestando provar por os meios de prova em direito admitidos.

Na informação fiscal às fls. 88 a 94, os autuantes rebateram a preliminar de nulidade aduzindo o seguinte:

- *Não foi uma operação de transferência, e muito menos a mesma pode ser considerada como "mera";*
- *Ainda que efetivamente tivesse havido falha na página da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia onde são validadas e autorizadas as Notas Fiscais Eletrônicas, tanto o sistema informatizado como a própria legislação prevêem que notas fiscais eletrônicas podem ser emitidas em "contingência" justamente para acobertar tais exceções. Entretanto, não há qualquer informação de que o contribuinte tenha utilizado desta prerrogativa. Cabe destacar, ainda, que a bem da verdade o impugnante não traz nenhuma comprovação de que tenha havido qualquer problema na página da Secretaria da Fazenda e nem ao menos cita dia e hora da pretensa "falha" para que fosse possível realizar uma verificação.*
- *A operação não materializou-se ato contínuo à não emissão da Nota Fiscal Eletrônica. Não é operacionalmente possível transportar a quantidade de petróleo omitida "imediatamente". O procedimento usualmente adotado pelo contribuinte é a emissão de uma única nota fiscal eletrônica no final do mês com toda a movimentação do período via duto. Ou seja, não haveria qualquer transtorno em emitir o documento fiscal após o suposto "erro do portal".*

Quanto a alegação de que houve presunção na apuração do débito, os autuantes registram que a omissão de saída está demonstrada nos autos a partir de documentos apresentados pelo próprio contribuinte.

Explicam que a partir de documentos do impugnante em abril de 2010 havia um estoque inicial de 86.489,890 metros cúbicos de petróleo, e que durante este mês houve a entrada de 194.122,720 metros cúbicos; e o estoque final de 83.855,163 metros cúbicos de petróleo. Dizem que após somar o estoque inicial à entrada registrada e subtrair do estoque final chega-se à quantidade de saída efetiva, que correspondeu a 196.855,163 metros cúbicos do produto, e descontando-se as quantidades lançadas no livro próprio referentes às perdas normais do processo no montante de 1.670,160 metros cúbicos, chega-se à conclusão que, em abril de 2010, houve saída de petróleo no total de 195.185,003 metros cúbicos de petróleo, não havendo registro de qualquer documento fiscal para acobertar esta saída, configurando-se em omissão de saídas.

Sobre a jurisprudência, e lições de renomados professores de direito transcritas na defesa, dizem que no caso da Súmula 166 exarada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), esta não se aplica ao caso, pois esta versa sobre as transferências entre estabelecimentos de uma mesma empresa, e que no caso, o fulcro da autuação é de que não ocorreu qualquer transferência.

Argumentam que a emissão de documento fiscal e o devido registro na escrita fiscal, são relevantes para comprovar a efetiva realização das operações sujeitas ao ICMS, e que no caso, o próprio contribuinte declara na peça defensiva que a diferença de estoque apurada pela fiscalização teve a sua causa na não emissão da nota fiscal respectiva.

Quanto a preliminar de que a multa foi aplicada incorretamente por ausência de tipificação legal, aduzem que a jurisprudência sobre a impossibilidade de sua aplicação trata de matéria estranha à autuação, e no enquadramento legal a multa está descrita no artigo 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96. Sobre o efeito confiscatório da multa, sustentam que a mesma encontra-se prevista na legislação vigente citada anteriormente.

Registram que não há qualquer necessidade da realização da diligência fiscal requerida pelo autuado, por entenderem que a mesma tem caráter confiscatório, pois a motivação do auto de infração está lastreada e comprovada por documentos apresentados pelo próprio contribuinte durante os procedimentos da auditoria realizada.

Concluem pela manutenção da autuação.

VOTO

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 especifica 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 inoccorrência 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 “*júris tantum*”, que o seu estabelecimento de extração/produção efetuou a saída da referida de 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 arguição de que a infração é concernente a descumprimento de obrigação acessória.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279469.0005/11-7**, lavrado contra **PETRÓLEO BRASILEIRO S. A. PETROBRÁS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$36.328.747,07**, acrescido da multa de 100% prevista no artigo 42, inciso III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de fevereiro de 2012.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTÔNIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR