

A. I. N° - 281077.0001/03-2
AUTUADO - SOLL DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTE - ANDRÉA FALCÃO PEIXOTO
ORIGEM - INFAZ SANTO AMARO
INTERNET - 18. 06. 2003

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0217-04/03

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES. ÁLCOOL HIDRATADO. APLICAÇÃO INCORRETA DE PERCENTUAL DE MARGEM DE VALOR AGREGADO. IMPOSTO RETIDO E RECOLHIDO A MENOS. Restou comprovado que o autuado utilizou um percentual de margem de valor agregado inferior ao previsto na legislação, uma vez que as contribuições para o PIS/PASEP e para a COFINS não foram computadas no preço da mercadoria. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. 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. Também deve ser exigido o imposto devido por substituição tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às operações subseqüentes que ocorrerão neste Estado com as mercadorias, deduzindo-se, como crédito fiscal, o imposto de responsabilidade do próprio sujeito passivo. b) ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. A diferença das quantidades de entradas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, indica que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Infrações caracterizadas. Auto de Infração **PROCEDENTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 27/02/03, exige ICMS no valor total de R\$ 83.513,87, em decorrência das seguintes irregularidades, sendo que as três últimas foram apuradas por meio de levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado:

1. Reteve e recolheu a menos o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas de combustíveis e lubrificantes para contribuintes localizados neste Estado. Foi exigido imposto no valor de R\$ 38.231,15.
2. Falta de recolhimento do imposto, no montante de R\$ 25.429,12, relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita.
3. Falta de recolhimento do ICMS, no importe de R\$ 11.795,11, relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas.
4. Falta de retenção e o conseqüente recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 8.058,49, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, efetuada sem a emissão de documentos fiscais e conseqüentemente sem o respectivo lançamento em sua escrita.

O autuado apresentou defesa tempestiva (fls. 911 e 912) e, referindo-se à infração 1, alegou que o cálculo da substituição tributária do álcool hidratado está disciplinado no Convênio ICMS nº 37/00, o qual vigorou até junho de 2002 e foi revogado pelo Convênio ICMS nº 91/02 (fls. 914 a 929). Diz que a autuante não considerou a vigência do Convênio ICMS nº 37/00 relativamente ao período de julho de 2000 a junho de 2002, o qual estabelecia a MVA de 23,28% e não a de 31,69%. Com referência ao período posterior a junho de 2002, o autuado reconhece a procedência da autuação e diz que já efetuou o pagamento conforme fotocópia de DAE à fl. 913.

Quanto às infrações 2 e 4, o defendente afirma que a autuante cometeu um equívoco ao considerar as notas fiscais de retorno e de saída para armazenagem como operações de entrada e saída de mercadorias. Para comprovar sua alegação, anexou, às fls. 930 a 1050, cópia de notas fiscais de retorno e de saída para armazenagem. Também alega que, na infração 4, foi erroneamente considerada a MVA de 31,69%, quando a correta seria 23,28%, se a infração tivesse realmente ocorrido. Solicita a anulação das infrações em tela em razão dos erros citados.

Em relação à infração 3, o autuado alega que a auditora fiscal cometeu os mesmos erros já comentados nas infrações 2 e 4. Diz que está anexando ao processo o relatório feito pela autuante e as notas fiscais de retorno e remessa para armazenamento, para que se verifique os referidos erros. Afirma que, no relatório das saídas, foram indicadas as quantidades de 2.950 e 29.696 litros que não existem e, nas entradas, não foram consideradas as notas fiscais nºs 15.589 e 11.893 com, respectivamente, 29.805 e 4.942 litros. Solicita a anulação da infração, alegando que os levantamentos realizados contêm erros e não possuem consistência ou respaldo na legislação.

Na informação fiscal (fls. 1051 a 1053), a autuante, referindo-se à infração 1, explica que é o Convênio ICMS nº 03/99 que dispõe sobre o regime de substituição tributária nas operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não do petróleo. Assevera que, no Anexo I do citado Convênio, consta que nas operações com álcool hidratado deve ser aplicado o percentual 31,69%.

Aduz que o Anexo I do Convênio ICMS nº 03/99 traz a seguinte observação: "Relativamente a álcool hidratado, aplicar-se-ão os percentuais do Anexo I do Convênio ICMS nº 37/00, exclusivamente na hipótese da distribuidora praticar preço em que sejam consideradas, no seu cálculo, as alíquotas da contribuição para PIS/PASEP e da COFINS, respectivamente, previstas no citado Convênio". Em seguida, a autuante conclui que não há como utilizar o percentual de 23,28% previsto no Convênio ICMS nº 37/00, pois o autuado não pratica preços considerando as referidas contribuições, como comprovam as notas fiscais de saída anexada ao processo.

Para embasar suas alegações, a auditora fiscal acosta ao processo, às fls. 1056 a 1105, cópia dos Convênios ICMS nºs 03/99 e 37/00.

Relativamente às infrações 2 e 4, a autuante explica que, em um levantamento quantitativo de estoque, são consideradas todas as operações de entradas e de saídas de mercadorias. Frisa que, caso procedesse como o autuado propõe, a omissão seria ainda maior que a apurada. Assevera que aplicou corretamente a MVA de 31,69%, conforme já foi demonstrado na infração 1.

No que tange à infração 3, a autuante diz que o contribuinte repete as alegações já citadas nas infrações 2 e 4. Diz que o autuado não apresentou os documentos comprobatórios de erros nas entradas e nas saídas de mercadorias. Ao final, mantém a ação fiscal.

Tendo em vista que a autuante anexou ao processo cópia dos Convênios ICMS nºs 03/99 e 37/00, a Secretaria do CONSEF enviou o processo à INFAZ Santo Amaro para que fosse dado ciência da informação fiscal ao autuado, o que foi cumprido conforme 1108.

Em sua manifestação às fls. 1116 e 1117 dos autos, o contribuinte apresentou as alegações defensivas relatadas a seguir.

Alega que as empresas distribuidoras de combustíveis estão obrigadas por lei federal a efetuar a retenção do PIS e COFINS, portanto, os mesmos estão embutidos no preço dos combustíveis. Devido a esse fato, de acordo com o autuado, o cálculo da retenção do ICMS sobre as saídas de álcool hidratado carburante está disciplinado no Convênio ICMS nº 37/00, devendo ser utilizada a MVA de 23,28%. Como prova de sua alegação, às fls. 1118 e 1119, anexa fotocópias de Documentos de Arrecadação Federal referentes a recolhimentos de PIS e COFINS.

No que tange aos levantamentos quantitativos de estoques, o autuado reitera as suas alegações defensivas já relatadas e afirma que os combustíveis estão sujeitos a “perdas” decorrentes do seu armazenamento, fato que diz ser do conhecimento da própria Petrobrás.

VOTO

Analisando os demonstrativos de fls. 13 a 16, constato que o crédito tributário exigido na infração 1 é decorrente do fato de o autuado ter calculado o imposto retido durante o período, de janeiro de 2001 a dezembro de 2002, utilizando a MVA de 23,28%, ao passo que a auditora fiscal empregou o percentual de 31,69%. Com relação ao período de julho a dezembro de 2002, o autuado reconhece a procedência da autuação e diz que já recolheu o imposto correspondente, conforme fotocópia de DAE, no valor de R\$ 15.890,83, à fl. 913.

No período objeto da autuação, o regime de substituição tributária, nas operações com álcool hidratado, estava disciplinado pelo Convênio ICMS nº 03/99 e suas alterações posteriores. De acordo com o contido em sua Cláusula Terceira, inciso I, o percentual da MVA a ser empregado na apuração da base de cálculo do imposto a ser retido é de 31,69%, prevista no Anexo I do mesmo Convênio.

Apenas quando os preços praticados pelas distribuidoras considerarem as alíquotas da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS, a retenção do imposto será calculada com a aplicação do percentual de 23,28%, previsto no § 1º da cláusula primeira do Convênio ICMS 37/00. Compulsando as notas fiscais acostadas às fls. 420 a 908, constato que as contribuições para o PIS/PASEP e para a COFINS não foram consideradas na apuração dos preços praticados pelo autuado. Dessa forma, não pode ser acatada a tese defensiva de que, no período de janeiro de 2001 a junho de 2002, a MVA cabível para o cálculo da retenção era de 23,28%.

Quanto aos Documentos de Arrecadação Federal apresentados pelo autuado (fls. 1118 e 1119), os mesmos não elidem a acusação pelos seguintes motivos: a) o primeiro deles é referente ao período de apuração de 12/02, mês em que o próprio autuado reconheceu expressamente o débito exigido na presente autuação; b) o segundo documento, apesar de ser relativo ao período de apuração 06/02, não especifica a que tributo se refere e, além disso, não comprova o recolhimento dos dois tributos (PIS e COFINS) para o mesmo período; c) os dois últimos documentos são referentes ao período de apuração 11/01, mês em que não houve exigência de ICMS.

Em face do comentado acima, considero que a infração em tela está caracterizada, sendo devido o valor apurado na autuação.

Relativamente à infração 2, observo que a autuante considerou as operações de retorno e de saídas de mercadorias para armazenagem. Esse procedimento está correto, pois, na realização de levantamento quantitativo de estoques, deve ser consideradas todas as entradas e saídas de mercadorias no estabelecimento.

Saliento que, se na data da realização do inventário houvesse mercadoria enviada para armazenagem que ainda estivesse sob a guarda de terceiros, esse fato deveria constar no livro Registro de Inventário, conforme prevê o art. 330, § 2º, I, do RICMS-BA/97. As fotocópias do livro Registro de Inventário do autuado (fls. 34 a 54) mostram que, em 31 de dezembro dos respectivos exercícios, não havia nenhuma mercadoria em poder de terceiro.

No que tange a “perdas” decorrentes de armazenamento, não acolho a alegação, uma vez que o defendente não trouxe aos autos nenhum documento que provasse a existência da mesma, tal como, laudo técnico ou a nota fiscal emitida pelo autuado relativamente à “perda” alegada.

Os demonstrativos que integram o levantamento quantitativo de estoque (fls. 18 a 32) estão corretos, são consistentes e estão de acordo com o previsto na Portaria nº 445/98. Dessa forma, considero que a infração está devidamente caracterizada.

No que tange à infração 3, os argumentos defensivos não podem prosperar, pois, como já comentei na infração 2, todas as saídas e retornos de mercadorias enviadas para armazenamento devem ser considerados na auditoria de estoques e as “perdas” alegadas não estão comprovadas. Além disso, o autuado alega que não foram consideradas as Notas Fiscais de Entradas nºs 15.589 e 11.893, porém não apresentou nenhuma prova da existência desses documentos. O defendente diz que não houve a saída de 2.950 e 29.696 litros de combustíveis, porém ele não indicou a quais das operações de saídas se refere.

Analisei os demonstrativos que integram a auditoria de estoque e constatei que a mesma está correta e de acordo com a Portaria nº 445/98, não merecendo nenhum reparo. Dessa forma, considero que a infração está caracterizada e que é devido o valor nela cobrado.

Na infração 4, é exigido ICMS referente à falta de retenção e recolhimento do imposto devido por substituição tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, sobre as mercadorias que saíram desacompanhadas de documentação fiscal, tendo sido essa irregularidade constatada por meio do levantamento quantitativo de estoque referente ao exercício de 2001, o mesmo da infração 2 comentada acima.

Quanto ao levantamento quantitativo, o mesmo está correto e não merece nenhum reparo, conforme já demonstrei na infração 2. Relativamente ao imposto que deixou de ser retido e recolhido, a exigência fiscal está correta e amparada na legislação tributária estadual, uma vez que o autuado é uma distribuidora de combustíveis e, nas saídas de álcool hidratado, é

responsável pela retenção e recolhimento do imposto devido por substituição tributária referente às operações subseqüentes. Dessa forma, considero que a infração está caracterizada.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281077.0001/03-2**, lavrado contra **SOLL DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 83.513,87**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 46.289,64 e de 70% sobre R\$ 37.224,23, previstas, respectivamente, no art. 42, II, “e” e III, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais, homologando-se os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de junho de 2003.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR