

A. I. N° - 206957.0105/03-8
AUTUADO - L M PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTE - CARLOS CRISPIM SILVA NUNES
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 02.10.03

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0378-03/03

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ÁLCOOL HIDRATADO. 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. Deve-se exigir ainda o pagamento do imposto devido por substituição tributária e apurado em função do valor acrescido. Foi retificado o levantamento fiscal, reduzindo-se os valores originalmente apurados. Indeferido pedido de diligência. Não acolhida a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 17/06/03, para exigir o ICMS no valor de R\$478.065,06, acrescido das multas de 60% e 70%, em decorrência de:

1. Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, em exercício aberto;
2. Falta de retenção e o conseqüente recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações de saídas subseqüentes, nas vendas de combustíveis e lubrificantes realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

O autuado apresentou defesa, através de advogados (fls. 124 a 126), alegando que o imposto exigido neste lançamento somente seria devido “caso a totalidade do álcool hidratado adquirido no Estado, tivesse sido vendido no próprio Estado, até a data inscrita no A.I.” e que o autuante “não atentou para o fato, que grande parte do álcool adquirido, foi remetido à destino diverso, além de deixar de considerar os estoques efetivamente existente, fora do estabelecimento da requerente, na data do Auto de Infração”.

Acrescenta que se está exigindo o tributo e a multa em duplicidade, tendo em vista que, na infração, está-se “reclamando imposto sobre a totalidade de álcool adquirido no Estado e, no item 2, repetindo a cobrança sobre parte do todo já arbitrado, além de nova multa o que caracteriza a nulidade do mesmo”.

Argumenta que é impossível a venda no Estado de combustíveis sem nota fiscal, pois nenhum revendedor varejista aceitaria adquiri-los, sob o risco de serem mercadorias roubadas.

Prossegue dizendo que os combustíveis somente são comercializados por seu estabelecimento com a emissão de documentos fiscais, os quais são devidamente escriturados, e alega que o cálculo do imposto, na presente autuação, foi feito sobre “fato presumido”, carecendo de base legal, já que o lançamento está baseado em uma pretensa venda dentro do próprio Estado, o que não ocorreu. Aduz que o imposto e a multa somente poderiam ser cobrados se houvesse a comprovação da irregularidade por meio de notas fiscais ou pela escrita nos livros fiscais.

Por fim, afirma que o demonstrativo de débito foi baseado em mera suposição e a multa indicada é insuportável e pede a nulidade deste Auto de Infração. Requer a designação de nova fiscalização para a comprovação do total de entradas e saídas de mercadorias.

O autuante, em sua informação fiscal (fl. 137), mantém o lançamento, aduzindo, inicialmente, que foi feito levantamento quantitativo de estoques de álcool hidratado, o qual foi acompanhado por representante do contribuinte.

No mérito, afirma que a impugnação interposta pelo autuado não apresenta nenhum argumento que a justifique, a não ser a intenção de protelar a lide. Alega que constatou diferença de estoque de mercadoria sujeita ao regime de antecipação tributária, por saídas sem a devida emissão de nota fiscal, não tendo havido a retenção do ICMS por parte dos fornecedores, nem o pagamento do imposto, por antecipação, pelo autuado.

Não obstante isso, reconhece que deixou de excluir o estoque físico encontrado no estabelecimento em 23/05/03, de 66.000 litros de álcool, e refaz o levantamento fiscal, apurando uma nova diferença de 1.070.927 litros de álcool, ao invés de 1.136.927 litros, como originalmente indicado em seu demonstrativo. Finalmente, apura o débito no valor de R\$341.949,14 (infração 1) e R\$108.363,67 (infração 2) e pede a procedência parcial do Auto de Infração.

Tendo em vista que foram anexados novos elementos aos autos pelo autuante, o contribuinte foi intimado a se pronunciar (fls. 145 e 146), mas se absteve de fazê-lo.

VOTO

Inicialmente rejeito o pedido de diligência, como formulado pelo autuado, porque já se encontram no processo todos os elementos de minha convicção e, além disso, 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.

Deixo de acatar a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, já que o levantamento fiscal foi efetuado de acordo com as normas que regem a matéria, e os demonstrativos apresentados nos autos foram elaborados com base nas regras previstas na Portaria nº 445/98.

No mérito, trata o presente Auto de Infração de exigência de ICMS em decorrência de levantamento quantitativo de estoques, por falta de recolhimento do imposto em relação às operações de saídas de álcool hidratado sem a emissão de documentos fiscais (infração 1), além da cobrança do imposto, na condição de substituto tributário (com o acréscimo da MVA), em relação à mesma mercadoria (infração 2), ambas referentes ao período de fevereiro a maio de 2003.

O autuado em nenhum momento impugnou os valores apresentados pelo preposto fiscal, limitando-se a dizer que o lançamento foi baseado em presunções e que emite a nota fiscal em todas as operações de saídas de álcool hidratado que realiza.

Na situação em análise, verifica-se que o autuado é uma empresa distribuidora de combustíveis inscrita na condição de “Normal” e, segundo a alínea “a” do inciso III do artigo 511 do RICMS/97, é diferido o lançamento do ICMS, nas operações de saídas internas de álcool hidratado, do estabelecimento industrial ou importador com destino a distribuidor, para o momento em que ocorrer a saída do estabelecimento distribuidor para: a) revendedor varejista; b) consumidor final; ou c) outra unidade da Federação.

Consoante o artigo 512-A, do RICMS/97, são responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS relativo às operações internas subsequentes com álcool etílico hidratado para fins carburantes, na condição de sujeito passivo por substituição, os distribuidores de combustíveis, como tal definidos e autorizados pelo órgão federal competente.

Da análise dos autos, constata-se que o autuante inicialmente realizou a contagem física das mercadorias existentes no estabelecimento do autuado, em 23/05/03, tendo encontrado a quantidade de 66.000 litros de álcool carburante, de acordo com a Declaração de Estoque acostada à fl. 9. Em seguida, efetuou o “trancamento” do talonário apondo o “visto” na Nota Fiscal de saída de nº 00020 (fl. 10) e apreendeu as notas fiscais de saídas e de entradas que estavam em poder do contribuinte, as quais estão acostadas ao PAF (fls. 35 a 46 e 99 a 118) e relacionadas no Termo de Apreensão nº 027687 (fl. 34) e nos vários demonstrativos elaborados pelo preposto fiscal.

Em relação às demais notas fiscais de entradas, foram coletadas nos diversos fornecedores do autuado e estão igualmente juntadas aos autos (fls. 47 a 98) e relacionadas em demonstrativos específicos (fls. 47, 63, 78 e 93).

Finalmente, o autuante somou todas as quantidades de entradas e de saídas de álcool hidratado e apurou uma diferença de 1.136.927 litros de álcool hidratado que, ao preço médio unitário de R\$1,1826, perfaz o total de base de cálculo de R\$1.344.529,87.

Entretanto, o preposto fiscal, além de não ter deduzido a quantidade de 66.000 litros encontrada no estabelecimento do contribuinte, no dia 23/05/03, efetuou o levantamento de estoques em desacordo com as regras da Portaria nº 445/98 (ao indicar a fórmula: Estoque inicial + entradas – saídas = Omissão) e, sendo assim, deve ser retificado o levantamento fiscal para o seguinte, de acordo com os novos valores apontados pelo autuante à fl. 137:

Estoque inicial -----	zero (início de atividade em 16/01/03)
Entradas -----	1.262.127 litros de álcool hidratado (1 m ³ = 1000 litros)
(-) Estoque final -----	66.000 litros de álcool hidratado
Saídas reais -----	1.196.127 litros de álcool hidratado
(-) Saídas com Notas Fiscais -----	125.200 litros de álcool hidratado
Saídas sem Notas Fiscais -----	1.070.927 litros de álcool hidratado

Cálculo do ICMS (infração 1):

1.070.927 litros de álcool hidratado X R\$1,1826 =	R\$1.266.478,27
R\$1.266.478,27 X 25% -----	R\$316.619,57
R\$1.266.478,27 X 2% (Fundo de Pobreza) -----	R\$ 25.329,57

TOTAL DO DÉBITO ----- R\$341.949,14

Ressalte-se que o preço médio unitário das diferenças de saídas apuradas foi calculado corretamente, consoante o disposto no artigo 60, inciso II, alínea “a”, item 1, do RICMS/97.

Pelo exposto, entendo que o valor de débito, referente à infração 1, deve ser reduzido para R\$341.949,14 (Base de Cálculo R\$1.266.478,27), consoante explicitado acima.

Quanto à infração 2 - ICMS devido por substituição tributária sobre o valor da omissão de saídas apurada na infração 1 - , deve ser retificado o levantamento fiscal, originalmente elaborado pelo autuante, da seguinte forma:

Base de cálculo -----	R\$1.266.478,27
MVA de 31,69% -----	R\$ 401.346,96
Base de Cálculo com MVA -----	R\$1.667.825,23
ICMS (25%) -----	R\$ 416.956,31
Fundo de Pobreza (2%) -----	R\$ 33.356,50
TOTAL DÉBITO -----	R\$ 450.312,81
(-) Débito exigido na infração 1 -----	R\$ 341.949,14
Débito a ser exigido na infração 2 -----	R\$ 108.363,67

Saliente-se, por fim, que o cálculo da substituição tributária foi efetuado de acordo com o artigo 512-B, inciso III, do RICMS/97, conforme a seguir transcrito:

Art. 512-B. Nas operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, a base de cálculo do imposto devido por substituição tributária será a seguinte (Lei nº 7014/96 e Convênios ICMS 03/99 e 37/00):

I -;

II -;

III - na falta de preço a que se refere o inciso I, nas operações realizadas por distribuidora de combustíveis, o montante formado pelo preço estabelecido por autoridade competente para o substituto, ou, em caso de inexistência deste, o valor da operação acrescido dos valores correspondentes a frete, seguro, tributos, contribuições e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, adicionados, em ambos os casos, do valor resultante da aplicação dos percentuais de margem de valor agregado indicados no anexo I do Convênio ICMS nº 03/99, ressalvado o disposto no § 1º;

Finalmente, observe-se que, ao contrário do alegado pelo sujeito passivo, não se está exigindo o tributo e a multa em duplicidade, mas o ICMS de apuração normal e o imposto calculado sobre a MVA incidente sobre as operações de saídas realizadas sem a emissão de notas fiscais, tudo apurado em levantamento quantitativo de estoques.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, de acordo com o demonstrativo abaixo:

Infração	Data Ocorrência	Data Vencimento	Base Cálculo R\$	Alíquota (%)	Multa (%)	Débito R\$
1	23/05/03	09/06/03	1.266.478,30	27%	70%	341.949,14
2	23/05/03	09/06/03	401.346,93	27%	60%	108.363,67
	TOTAL					450.312,81

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206957.0105/03-8**, lavrado contra **L M PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$450.312,81**, acrescido das multas de 60% sobre R\$108.363,67 e 70% sobre R\$341.949,14, previstas no art. 42, II, “e” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de setembro de 2003.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE/RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA