

A. I. N° - 180573.0003/08-3
AUTUADO - PETRÓLEO E LUBRIFICANTES DO NORDESTE S/A PETROLUSA
AUTUANTE - ARISTON ALVES DA SILVA
ORIGEM - INFRAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 13. 04. 2009

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0040-05/09

EMENTA: **ICMS.** **1.** PROGRAMA DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR DA PARCELA SUJEITA A DILAÇÃO DE PRAZO. Comprovado o equívoco no cálculo do benefício. Infração comprovada. **2.** LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. 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. Consideradas as densidades das matérias-primas dentro das “faixas de densidade” fornecidas pelo contribuinte, o que diminuiu o valor da infração. Infração elidida em parte. **3.** DOCUMENTOS FISCAIS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. OMISSÃO DE DADOS. MULTA. A legislação prevê aplicação de multa em decorrência de informações divergentes dos documentos fiscais correspondentes ou omissão de dados em arquivos magnéticos. Multa de 5%, porém com observância do limite de 1% sobre os valores das operações e prestações realizadas no período. Infração caracterizada. **4.** BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Infração caracterizada. Negado o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 27/06/2008, exige ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor histórico total de R\$ 28.703,17, em razão das seguintes irregularidades:

1. Recolhimento a menos do ICMS em razão de uso indevido de incentivo fiscal – dilação de prazo para pagamento de ICMS – relativo às operações próprias, em desacordo com a legislação do DESENVOLVE, modificando as características essenciais da obrigação tributária principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido, evitando, assim o seu pagamento. ICMS no valor de R\$12.533,54 e multa de 100%.
2. Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas 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 fechado. ICMS no valor de R\$4.623,38 e multa de 70%.
3. Forneceu informações através de arquivos magnéticos exigido na legislação tributária, requerido mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais

correspondentes, ficando o valor da multa limitado a 1% das saídas do estabelecimento em cada período. ICMS no valor de R\$ 8.902,85 e multa de 1%.

4. Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. ICMS no valor de R\$2.643,40 e multa de 60%.

O autuado, por meio de seu procurador, ingressa com defesa às fls. 391 a 423, na qual tece os seguintes argumentos:

Inicialmente aduz que é pessoa jurídica de direito privado, cujo objeto social é a fabricação de impermeabilizantes, solventes e outros produtos derivados de petróleo, e que sempre buscou o bom cumprimento de suas obrigações tributárias, sendo surpreendida com a lavratura do presente auto de infração.

Quanto à infração 01, afirma que está sendo autuado em relação às competências 07/2004 a 04/2005 e 08/2005 (época em que vigia a antiga redação do artigo 6º, § 1º do Decreto nº 8.205, de 3 de abril de 2002, que não fazia qualquer restrição à forma de pagamento antecipado do imposto diferido), por não ter observado legislação posterior, aplicável às competências posteriores a 14/11/2006, e define que o pagamento antecipado do imposto somente pode se dar em moeda corrente.

Afirma que o equívoco, ora apresentado, cinge-se tão somente ao momento de aplicação da legislação, de modo que o Parecer nº 11.868/2007, que baseou-se no texto da nova redação do artigo 6º, § 1º do Decreto nº 8205, de 03 de abril de 2002 (efeitos a partir de 14/11/2006), não pode servir para vincular procedimento efetuado anteriormente, à vigência do Decreto nº 10156, de 13 de novembro de 2006.

Transcreve algumas consultas respondidas pela SEFAZ/BA quando vigente a redação anterior do artigo 6º, § 1º do Decreto nº 8205/2002, portanto até 14/11/2006, eram sempre no sentido de estarem corretos os procedimentos de liquidação antecipada da parcela do ICMS por meio de saldo de crédito acumulado.

Após a transcrição das consultas conclui que, tanto a resposta à Consulta efetuada pela empresa Vic Brasil Indústria de Perfumaria Ltda, está correta, quanto à resposta à consulta que formulou à SEFAZ, e que o deve ser observado é, tão somente, qual era a legislação que vigorava na época da ocorrência do fato. Destaca que ao tomar ciência em 10/01/2008, do Parecer, passou a agir de acordo com a orientação da SEFAZ, para com seus débitos tributários de ICMS que surgiram após o Decreto nº 10.156/2006. Ou seja, todas as competências posteriores a 14/11/2006, não tiveram pagamento antecipado do ICMS com o saldo credor acumulado.

Assim, por entender que não havia qualquer restrição à forma de pagamento dos valores a serem antecipados a título de ICMS, para manutenção do incentivo fiscal promovido pelo Desenvolve, efetuava as antecipações por meio de compensação dos valores que possuía a título de saldo credor de ICMS. Ultrapassar essa questão em favor do fisco, violaria a Constituição Federal, o princípio da irretroatividade da lei, além do que não se trata de lei interpretativa, o Decreto nº 10.156/2006.

Quanto à multa, referente a tal infração, afirma que não houve ação ou omissão fraudulenta para justificá-la no percentual de 100% conforme o art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Portanto, reconhece que utilizou seus créditos tributários para quitar os débitos de ICMS, e não deixou de pagar nenhuma das parcelas devidas.

Com relação à infração 02, afirma que a infração ora apurada é fruto de um equívoco cometido pelo autuante quando da conversão da quantidade de matéria-prima (apurada em quilograma) para o produto final produzido pela mesma (apurado em litros), pois foi utilizada uma média dos valores das densidades de um determinado produto químico, e essa média apurada pelo fiscal não condiz com o valor utilizado pela empresa ao converter quilogramas para litros. Essa

diferença entre um índice e outro é que gerou a divergência ora apurada e tida como saída não tributada de mercadoria.

Aduz que o fiscal desconsiderou o quantitativo de estoque apurado pela mesma e, conseqüentemente, acreditou não ter sido efetuado o pagamento da indigitada obrigação tributária, em razão da diferença apurada na densidade dos elementos em questão, que compuseram os valores da base de cálculo do imposto.

Afirma que em razão do grande volume produzido em suas instalações, não tem como paralisar as suas atividades para checar a efetiva densidade de cada um dos carregamentos de elementos químicos, que compõem os produtos que serão feitos em sua indústria.

Alega que o problema ora enfrentado foi apenas quanto à técnica de utilizar valores medianos, encontrados a partir dos valores mínimo e máximo possíveis, de forma diversa entre quantidade de matéria-prima e quantidade de produto final, concluindo, portanto, que houve a omissão de saídas, estando em divergência os cálculos feitos para obtenção do total do tributo e acusando a mesma de recolher valor a menor de ICMS.

Afirma que no lançamento foi considerado apenas a média aritmética dos valores da densidade mínimo e máximo de cada produto, gerando, obviamente, as diferenças apontadas nos cálculos. Exemplifica que no produto “Tolueno”, convencionou utilizar a densidade 0,868, posto que esse era o valor verificado na grande maioria do Tolueno comprado. Considerando que a quantidade de entrada do Tolueno durante o exercício de 2003 foi de 945.640 Kg, convertendo-se esta quantidade em litros, o resultado em volume, de acordo com a densidade utilizada pelo impugnanté é de 1.089,447 litros.

Contudo o autuante utilizou a densidade 0,867, média aritmética da variação mínima e máxima da densidade do Tolueno, para o cálculo do volume que supostamente foi produzido. Assim, para calcular o volume, o fisco encontrou o volume de 1.090.703 litros. A diferença entre os dois cálculos é de apenas 1.256 litros e, em termos percentuais, representa apenas 0,11% do total de vendas neste determinado período.

Quanto ao exercício de 2003, utiliza certos índices de densidade como padrões, para cada elemento químico, em razão de já ter experiência de trabalhar, diariamente, com esses produtos. Sendo assim, utiliza uma tabela de densidade que representa o valor constatado na maior parte da matéria prima que adquire de seus fornecedores, afinal não é todo carregamento de Xileno e Tolueno que possuem a mesma densidade. Mas, sem compreender esse mecanismo, o auditor fiscal não levou em conta a sistemática utilizada e, simplesmente, não calculou os índices de densidade destes materiais, de acordo com os valores mais próximos da realidade. Foi considerado, apenas, a média aritmética dos valores de densidade mínimo e máximo de cada produto, gerando, obviamente as diferenças apontadas nos cálculos.

Alega que a multa de 70% baseada no art. 42, III da Lei nº 7.014/96 somente é admitida em casos de omissão de saída de mercadorias, combinada com atos fraudulentos, o que não se configura no presente caso.

Quanto a infração 03, afirma que foi intimado a retificar as divergências apuradas e assim o fez, retificando todos os erros que existiam no SINTEGRA, porém, por equívoco, foram mantidos alguns erros de digitação, quanto à quantidade dos produtos nas competências de novembro/2003 e novembro/2005.

Afirma que aconteceu um simples erro de digitação do referido formulário, tendo em vista que o campo do sistema do SINTEGRA, onde é informada a quantidade de saídas dos produtos é composto por casas decimais e, alguns casos, apurou-se que ao invés de escrever “5,0”, relativo à saída de cinco caixas, foi digitado “0,5” caixas, gerando, portanto, a suposta omissão de saídas de “4,5” caixas, e que é logicamente impossível existir a saída de 0,5 e a omissão de saídas de 4,5 caixas.

Assevera que o intuito da implementação do SINTEGRA é apenas para controle de dados e informações sobre contribuintes, e não para controlar e receber as obrigações fiscais e tributárias dos seus subordinados.

Aduz que recolhe os tributos devidos, não com base naquilo que é declarado, mas sim com base nos documentos fiscais emitidos e, justamente por conta disso, é que não houve qualquer falta de recolhimento ao Estado da Bahia. Assim, em novembro/2003, a base de cálculo do ICMS é de R\$199.410,00, portanto, a multa a ser cobrada é no valor de R\$1.994,10. Em novembro/2005 a base de cálculo é de R\$690.875,49, sendo a multa correspondente de R\$6.908,75.

A final pede a redução ou cancelamento da multa, com base no art. 158 do RPAF/99, por não ter havido dolo, fraude ou simulação, pois não deixou de declarar as informações pertinentes, ocorrendo apenas um equívoco no momento da digitação das quantidades dos produtos.

Quanto a infração 04, quando transferiu alguns de seus produtos da filial (Simões Filho – Bahia) para a sua matriz (Fortaleza), entendeu que havia ICMS a ser pago e efetuou o pagamento do tributo, mas não conforme é requerido, pois no cálculo do ICMS, feito pela mesma foi abatido o percentual de 17% relativo à alíquota interna e então foi acrescido 12%, relativo à alíquota interestadual para o Estado do Ceará, sobre este primeiro valor, resultante da diminuição dos 17%, gerando o valor que é devido quando o produto é enviado para outro estado da Federação, como é o caso em tela.

Caso não procedesse desta maneira, acabaria por efetuar o pagamento de 12% de ICMS (alíquota interestadual) sobre 17% de ICMS (alíquota local), o que demonstra-se completamente absurdo, tratando-se de uma operação de transferência de mercadoria.

Assevera que não há porque efetuar a cobrança de multa de 60% sobre o valor considerado devido, simplesmente porque o registro que houve da operação foi aquele coadunado com a verdade: transferência de produto em que o valor a ser pago a título de ICMS não era deste Estado, e sim, do Ceará. Tudo consoante a Lei Complementar nº 87/96, que é enfática ao afirmar que o credor tributário é o Estado de destino da mercadoria que está sendo transferida, como é o caso trazido a lume, não podendo ser cobrado do impugnante duplamente o ICMS (17% na Bahia e 12% no Ceará).

Requer que caso necessário seja realizada diligência, a fim de comprovar os fatos aduzidos. Protesta pela juntada posterior de documentos. Requer ainda o cancelamento do AI e o seu consequente arquivamento.

O autuante presta informação fiscal, às fls. 523 a 527, nos seguintes termos:

Com relação a infração 01, afirma que a prova cabal de que a intenção do Programa Desenvolve realmente era do recolhimento em moeda, é que o fechamento da apuração do ICMS no livro de Registro de Apuração tem data pré-estabelecida que é o último dia de cada mês. Assim sendo, não teria sentido efetuar-se a apuração do imposto no último dia do mês e ao alcançar o dia 20 do mês seguinte, refazer a apuração para absorver a parcela dilatada, em caso de o resultado da mesma apuração ser saldo credor resultante de revenda. Afirma que vários pareceres exarados pela DITRI – Diretoria de Tributação, sustentam tal ponto de vista, que é do recolhimento em espécie.

Outrossim, na própria peça impugnativa fl. 395, encontra-se transcrito o trecho do Parecer nº 11868/2007, que nega a alternativa de absorção do valor da parcela dilatada no saldo credor remanescente.

Quanto à multa da infração 01, afirma que é decorrente do descumprimento da obrigação principal e consta da lei, não sendo passível de interpretação durante a autuação, além de que, é calculada automaticamente pelo SEAI – Sistema de Emissão do Auto de Infração.

Com relação à infração 02, sustenta que a empresa utiliza o critério de dar entrada nos produtos destinados a uso na produção como matéria prima e também para revenda em unidades originais constantes nas próprias notas fiscais, ou seja, em litros, quilos, metro cúbico, toneladas, etc. No momento de suas saídas, a empresa converte tudo para litros, o que foi feito com o máximo de cuidado para não ocasionar erros. Foi solicitado à empresa esclarecimentos detalhados a respeito, que forneceu também uma tabela contendo os fatores de conversão de unidades originais para litros, com as faixas de densidade que ocorrem na prática, conforme páginas 94 e 95 do PAF. Esclarece que, em consenso com a empresa, procurou utilizar a experiência da mesma e chegou à conclusão que, o critério mais correto, seria aplicar o índice médio, ou seja, a média aritmética entre o limite inferior e o limite superior.

Assevera que o procedimento utilizado, pela empresa, tornou bastante difícil a aplicação do roteiro de estoque, causando inclusive a necessidade de prorrogação da Ordem de Serviço.

Alega que o critério utilizado foi técnico e não podiam se furtar de efetuar um levantamento ou mesmo desprezar o seu resultado, influenciado por alegações da empresa que alterou as quantidades originais das entradas de produtos, através de conversões que, inclusive, dificultam qualquer ação fiscal. Assim, qualquer contribuinte utilizando-se de procedimento semelhante, poderia fazê-lo, com a intenção de mascarar levantamentos ou mesmo torná-los impossíveis, como por exemplo, a aplicação de roteiro de estoque.

Que apesar de ficar acordado que esse seria o melhor critério, a empresa, por outro lado, em sua defesa, alega equívoco em se utilizar a média.

No que se refere aos demais dados em que se fundamentaram os levantamentos, a empresa nada contestou a respeito e isso é uma prova incontestável da sua autenticidade.

Quanto à infração 03, ressalta que a empresa confessou que realmente houve divergências nas quantidades dos produtos relacionadas principalmente nos meses de novembro de 2003 e novembro de 2005, como se pode constatar na fl. 417 do PAF, e não se trata de pequeno equívoco, haja vista que ocorreram inúmeras divergências com relevante repercussão na valorização conforme a própria autuada se reportou. (fls. 159 a 174).

Afirma que o autuado foi intimado, diversas vezes, para esclarecer as divergências, e que no dia 04/02/2008 foi intimado a efetuar a correção dos seus arquivos magnéticos, fl. 07, os quais foram transmitidos com inúmeros erros, razão pela qual foi novamente intimado em 07/04/2008, para processar uma nova revisão. Após esta última, os arquivos, novamente, foram apresentados com inúmeras divergências, principalmente no que tange ao Registro 54, no que se refere às quantidades. Após esta última ocorrência, solicitou informações do contribuinte, fls. 157 a 174, as quais encontram-se visadas pelo representante da empresa, sobre as citadas divergências para sanar as correções quanto ao levantamento de estoque, não sendo mais possível aguardar que ele fizesse retificações nos arquivos.

Quanto à multa aplicada, alega que o dispositivo do art. 42, XIII- A letra “f” da Lei nº 7.014/96, foi renumerado para inciso XIII-A letra “i”, porém trata-se da mesma multa, relacionada com omissões e divergências nos arquivos magnéticos.

Na infração 04, afirma que está respaldada no regulamento, com toda documentação que comprova tal irregularidade, que o autuado nada contestou a respeito da comparação dos valores unitários constantes das planilhas de demonstração.

Com relação a alegação de que as diferenças foram ocasionadas pela diferença da alíquota de ICMS, já que foram originadas na Bahia (17%) enquanto as transferências são destinadas ao Estado do Ceará com alíquota de 12%, segundo o seu raciocínio, nas referidas transferências, teria de se excluir 17% da base de cálculo da entrada e embutir 12%, apesar de não ter efetuado o cálculo para efeito de comparação com os valores reclamados.

Contudo, o artigo 56 do RICMS no seu inciso V – alínea “a” determina textualmente no que se refere à base de cálculo, “na saída de mercadoria em transferência para estabelecimento situado em outra unidade da Federação, pertencente ao mesmo titular: a) o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria”. O dispositivo regulamentar não aborda portanto, a possibilidade de flexibilização de alíquota na base de cálculo.

VOTO

Inicialmente nego o pedido de diligência formulado pela empresa haja vista que todos os elementos dos autos são suficientes para a formação do meu juízo de valor, acerca das questões levantadas pelo contribuinte em sua peça de defesa, conforme art. 137 do RPAF/99.

Na infração 01 está sendo exigido ICMS em decorrência de recolhimento a menos, em razão de uso indevido de incentivo fiscal – dilação de prazo para pagamento de ICMS relativo às operações próprias, em desacordo com a legislação do Desenvolve, modificando as características essenciais da obrigação tributária principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido, evitando assim o seu pagamento.

Consta na descrição dos fatos que o contribuinte utilizou indevidamente lançamentos em “conta corrente auxiliar”, denominado “Planilha de Desenvolve – Petrolusa”, com reflexo na apuração de ICMS na forma de crédito, ao efetuar compensação de parcela do imposto com prazo dilatado no saldo credor, quando o correto seria fazer o recolhimento de acordo com o Regulamento do Desenvolve no seu artigo 6º, § 1º que determina: “Os valores antecipados deverão ser recolhidos em moeda corrente até o 20º dia do mês da antecipação”. O fato de absorver a parcela no saldo credor, ao invés de efetuar o recolhimento previsto no dispositivo regulamentar, contraria o Parecer nº 11868/2007, da DITRI, que inclusive ressalta, no final, que a Consulente deveria acatar o entendimento à Consulta, dentro do prazo de 20 dias, após a ciência da resposta, nos termos do art. 63 do RPAF/99.

A empresa autuada, por meio da Resolução nº 136/2003, foi habilitada ao Programa Desenvolve, Publicada no DOE de 02/12/2003, onde lhe foi concedido a dilação de prazo de 72 (setenta e dois) meses para pagamento do saldo devedor do ICMS, relativo às operações próprias, gerado em razão dos investimentos previstos no projeto incentivado, conforme estabelecido, na classe VII, Tabela I, anexa do Regulamento do Desenvolve. O prazo de fruição do benefício foi concedido em 52 meses, contados a partir da publicação da Resolução no DOE.

Em 10/10/2007, foi respondida a Consulta, formulada para a DITRI, Diretoria de Tributação, Processo nº 18794820062, no sentido de que a dilação de prazo instituída no Programa Desenvolve, só alcança o saldo devedor mensal do ICMS decorrente das operações próprias do estabelecimento industrial beneficiário, devendo o valor ser recolhido em moeda corrente até o 20º dia do mês da antecipação. Quanto à parcela sem o referido incentivo, bem como aos débitos de ICMS decorrentes das vendas mercantis da Empresa beneficiada, aplicam-se as disposições do RICMS relativas ao ICMS Normal (Decreto nº 8.205/2002).

Assim, considerando que a empresa está enquadrada na Classe II, da tabela I, anexa ao Regulamento do Desenvolve, para a qual prevê um desconto de 80%, aplica-se o percentual de 80% sobre o saldo devedor indústria. Ademais, a empresa pode optar por antecipar o pagamento da parcela dilatada dentro do 1º ano, com redução de 80%, sendo que o valor deverá ser recolhido em moeda corrente, consoante estabelecido no art. 6º, § 1º do Decreto nº 8.205/2002, não podendo ser quitado através do uso de créditos fiscais acumulados.

Contudo, este procedimento não foi adotado pelo impugnante, como pode ser constatado nas planilhas de fls. 21 a 44 do PAF, quando utilizou-se de saldo credor acumulado e não promoveu os respectivos pagamentos do percentual de 80% sobre o valor dilatado mensal, em moeda corrente.

Considero assim, que houve flagrante desobediência ao comando estabelecido no Decreto nº 8.205/2002.

Não obstante este fato, o contribuinte tenta justificar que o período autuado compreende julho/2004 a abril/2005, e que seu procedimento estaria amparado na antiga redação do artigo 6º, § 1º, Decreto nº 8.205, de 03 de abril de 2002, que não fazia qualquer restrição à forma de pagamento antecipado do imposto diferido.

Afirma que o Parecer nº 11.868/2007, da DITRI, que baseou-se no texto da nova redação do § 1º, artigo 6º, Decreto nº 8.205 de 03 de abril de 2002, efeitos a partir de 14/11/2006, não pode servir para vincular procedimento efetuado, anteriormente, à vigência do Decreto nº 10.156, de 13 de novembro de 2006.

Com efeito, a redação original do referido dispositivo (efeitos até 13/11/2006), disciplinava, in verbis:

Art. 6º....

§ 1º Os valores antecipados deverão ser recolhidos até o 20º dia do mes da antecipação.

Alega assim o autuado, que no novo texto é que houve a adição do termo “em moeda corrente”, ou seja até referida alteração que deu-se em 14/11/2006, não havia restrição à forma de liquidação antecipada do ICMS, de modo que a impugnannte utilizou seu saldo acumulado de ICMS para pagamento desses débitos, consoante a redação original do art. 6º, § 1º do Decreto nº 8.205, de 03 de abril de 2002.

Não obstante tal assertiva trazida pela empresa, não coaduna com este entendimento. É que na redação original do Decreto 8.205/2002, já estava estabelecido no art. 6º, § 1º que “os valores antecipados deverão ser recolhidos até o 20º dia do mes da atecipação.” Assim, interpreto que ao se referir a “recolhidos até o 20º dia”, o legislador deixou claro que somente em espécie, tais valores poderiam ser recolhidos ao erário.

Ademais, a apuração do imposto, dá-se até o último dia de cada mês, quando deverão ser escriturados os livros fiscais, especificamente, o livro Registro de Apuração de ICMS, e havendo saldo devedor, deverá ser efetuado o recolhimento até o 9º dia do mês subsequente. Este procedimento contraria o dispositivo da norma contida no Decreto 8.205, na qual os valores antecipados deverão ser recolhidos até o 20º dia do mes da antecipação.

Outrossim, entendo que a redação do Decreto 10.156/2006, que acrescentou a expressão “em moeda corrente” é meramente interpretativa, e neste caso, aplica-se o disposto no art. 106 do CTN, aplicando-se a ato ou fato pretérito.

Este o entendimento manifestado no Parecer DITRI, dantes mencionado, onde consta que o valor a ser dilatado, pago antecipamente “deverá ser recolhido em moeda corrente, consoante estabelecido no art. 6º, § 1º, do Decreto nº 8.205/2002, não podendo ser quitado através de uso de créditos fiscais acumulados.”

Verifico as hipóteses de utilização de crédito fiscal acumulado, contidas no art. 108-A do RICMS/97, não se enquadrando a presente situação em nenhuma delas.

Quanto à multa aplicada no percentual de 100%, esta encontra-se prevista no art. 42, inciso IV, alínea “j” da Lei nº 7.014/96, portanto legal.

Na infração 02 está sendo exigido ICMS relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, exercícios de 2003, 2004 e 2005.

Trata-se de mercadorias adquiridas para aplicação na produção mas que, parte das mesmas foi comercializada para terceiros ou transferidas para outras unidades da empresa, e os demonstrativos estão acostados às fls. 58 a 174 do PAF.

Verifico que na fl. 95, estão explicitadas as densidades de matérias-primas, em “faixa de densidade”, fornecidas pela empresa, e o argumento da empresa, em sua impugnação, prende-se ao fato de que o auditor fiscal teria considerado apenas a média aritmética dos valores de densidade mínimo e máximo de cada produto, o que gerou as diferenças apontadas, e não levou em conta a sistemática utilizada pelo autuado, ou seja, não calculou os índices de densidade destes materiais, de acordo com os valores mais próximos da realidade.

Argumenta o autuado, que utiliza certos índices de densidade como padrões para cada elemento químico, em razão de já ter experiência ao trabalhar diariamente com esses produtos. Sendo assim, utiliza-se de uma tabela de densidade (doc 05), que representa o valor constatado na maior parte da matéria-prima que adquire de seus fornecedores, pois nem todo carregamento de xileno e tolueno possuem exatamente a mesma densidade.

O levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias constitui modalidade de procedimento fiscal destinado a conferir as entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento do contribuinte, num determinado período, tomando-se como pontos de referência os inventários inicial e final do período considerado, levando-se em conta tanto as quantidades de mercadorias como a sua expressão monetária.

A apuração de débitos do ICMS mediante este tipo de auditoria requer cuidados, tais como: criterioso rigor na quantificação das mercadorias, considerando-se o estoque inicial, as quantidades entradas, as quantidades saídas e o estoque final, relativamente a cada item objeto do levantamento. Atenção para a unidade de medida a ser adotada, a mesma utilizada pelo contribuinte para cada espécie de mercadoria, no caso, litro, o que foi corretamente considerado, pelo autuante quando efetuou a transformação da unidade Kg para Lt. Especificação com exatidão das mercadorias comercializadas, e neste caso, verifico que os itens constantes do levantamento estão em consonância com a relação de estoque.

A empresa apresentou uma tabela de densidade das matérias-primas, por ocasião da ação fiscal, cuja faixa de densidade dos produtos, objeto da infração são as seguintes: (fl. 95)

Tolueno - 0,865 – 0,869

Xileno - 0,862 – 0,872

Isopropyl Cellosolve - 0,903 – 0,904

Aguarrás - 0,750 – 0,790

Na defesa o autuado clama pela aplicação da densidade de 0,868, para o Tolueno, o que não teria sido considerado pela fiscalização, posto que foi a média na grande maioria do Tolueno adquirido.

Considero que seu argumento é razoável, e atendo ao índice de densidade proposto pelo contribuinte, haja vista que se encontra na faixa de densidade fornecida pela empresa.

Para os demais produtos, objeto da infração, entendo que deve ser considerada a densidade mais benéfica, ou seja, a maior, na faixa de densidade apresentada. Assim, considero a densidade do Tolueno, 0,868; Xileno 0,872; Isopropyl 0,904; Aguarrás 0,790.

Em virtude desses índices, aplico-os no levantamento de estoque, e chego ao resultado abaixo:

Exercício de 2003 –

Produto	Unid	E.Inicial	Entradas	E.Final	Saídas reais	Total utilizado	Omissão de saídas	Valor unitario	Saída
Isopropyl	Lt	12.943,25	127.944,69	5.379,28	135.508,66	134.874,65	634,01	2,21	1.401,16
Tolueno	Lt	19.311,11	1.089.447,	47.876,103	1.060.882,	1.060.998,26	116,25	2,0856	242,46
Xileno	Lt	11.050,51	466.708,21	20.391,76	457.367,46	459.133,55	-	-	-
Total									1.643,62

Exercício de 2004

Produto	Unid	E.Inicial	Entradas	E.Final	Saidas reais	Total utilizado	Omissão de saidas	Valor unitário	Saída
Aguarraz	Lt	12.735	523.966,40	6.976,69	529.724,71	531.098,80	0	-	
Tolueno	Lt	47.876,103	1845.852,53	37.650,70	1.856.077,93	1.856.081,24	0	-	
Xileno	Lt	20.391,76	703.589,22	13.817,84	710.163,14	712.190,71	0	-	

Exercício de 2005

Produto	Unid	E.Inicial	Entradas	E.Final	Saidas reais	Total utilizado	Omissão de saidas	Valor unitário	Saída
Aguarraz	Lt	6.976,69	539.860,75	36.191,57	510.645,87	522.645,00	0		
Isopropyl	Lt	4.371,040	170.995,57	8.458,85	166.907,76	166.532,34	333,44	2,12	706,89
Tolueno	Lt	37.650,70	1.414.400,92	54.789,937	1.397.261,63	1.397.261,62	0		
Xileno	Lt	13.817,84	603.750,00	16.074,87	601.492,97	603.577,26	0		
									706,89

Assim, a base de cálculo para a infração, no exercício de 2003, é de R\$ 1.643,62 e ICMS de R\$ 279,42 e a bse de cálculo no exercício de 2005, é de R\$ 706,89 e ICMS de R\$ 120,17, alíquotas de 17%. A infração fica no total de R\$ 399,59.

A infração 03 decorreu do fato de o contribuinte ter fornecido informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requerido mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, ficando o valor da multa limitado a 1% um por cento, das saídas do estabelecimento em cada período apurado.

Consta na descrição dos fatos que “O contribuinte ao ser intimado por tres vezes a efetuar correções em seus arquivos magnéticos SINTEGRA, apresentou-os com inúmeras divergências principalmente nas quantidades de saídas de produtos, dificultando com tal procedimento a aplicação de roteiro de estoque dos mesmos. Vide demonstrativo anexo II-A e II-B, bem como cópia do Registro de Apuração dos meses de novembro de 2003 e novembro de 2005, além de drive contendo os arquivos gerados do Sistema SEFAZ e lista de erros confirmada pelo contribuinte”.

O contribuinte afirma que teria sido intimado apenas uma vez, para promover retificações nos arquivos magnéticos, mas, constato que, no dia 04/02/2008, foi intimado a efetuar as correções, fl. 07 do PAF, por terem sido transmitidos com erros, e novamente foi intimado em 07/04/2008, para processar uma nova revisão. Mesmo assim, os arquivos teriam apresentado divergências, principalmente no que tange ao Registro 54, no que se refere às quantidades.

Constatada esta última divergência, o auditor solicitou informações do contribuinte, fls. 157 a 174, as quais estão visadas pelo representante da empresa.

Assim, entendo que restou caracterizado o cometimento da infração, haja vista infringência aos artigos 686 e 708 B do RICMS/97.

Quanto ao pedido de cancelamento da multa aplicada, deixo a apreciação do pedido à cargo da Colenda Câmara de Julgamento, por ocasião de Recurso Voluntário a ser impetrado pelo contribuinte, se o desejar.

Infração mantida.

A infração 04 decorreu do recolhimento a menos do ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

O contribuinte deu saída de mercadoria em transferência para estabelecimento situado em outra unidade da Federação, pertencente ao mesmo titular, cujas quantidades foram valorizadas a preço inferior ao de aquisição, em descumprimento ao art. 56, inc. V, alínea “a” do RICMS/97.

Na peça de defesa, consta o argumento de que houve apenas a transferencia de mercadorias entre a filial e a matriz da empresa, sujeitas à tributação do ICMS no Estado destinatário, e não pode ser

cobrado o tributo no Estado de origem, ou seja a Bahia, como quer o fisco estadual. Assim, o imposto já teria sido pago ao Estado do Ceará, legítimo credor da obrigação tributária.

A infração está respaldada nas planilhas de fls. 175 a 199, cujos valores não foram contestados pela empresa, sendo possível identificar as saídas dos produtos com relação às suas entradas.

O RICMS/97, art. 56, V, “a” determina textualmente que na saída de mercadoria em transferência para estabelecimento situado em outra unidade da Federação, pertencente ao mesmo titular, a base de cálculo corresponde ao valor da entrada mais recente da mercadoria.

Infração mantida.

Voto PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **180573.0003/08-3**, lavrado contra **PETRÓLEO E LUBRIFICANTES DO NORDESTE S/A PETROLUSA** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 15.576,53**, acrescido das multas de 100% sobre R\$ 12.533,54, 70% sobre R\$ 399,59 e de 60% sobre R\$ 2.643,40, previstas no art. 42, IV, “j”, III e II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 8.902,85**, prevista no art. 42, inciso XIII-A, letra “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, de acordo com a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de março de 2009.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR