

PROCESSO - A. I. Nº 281077.0001/03-2
RECORRENTE - SOLL DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
RECORRIDA - FAZENA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4^a JJF nº 0217-04/03
ORIGEM - INFAS SANTO AMARO
INTENET - 06.05.04

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0067-12/04

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. Efetuadas as devidas correções do lançamento, remanesce parcialmente a exigência fiscal. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Recorre o contribuinte da Decisão da 4^a Junta de Julgamento Fiscal que decidiu pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir ICMS no valor total de R\$83.513,87, em ACÓRDÃO CJF Nº 0067-12/04

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 subseqüentes, 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, consequentemente, 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 consequente 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 consequentemente sem o respectivo lançamento em sua escrita.

O contribuinte 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, 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, 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 ocorrido. Solicita a anulação das infrações em tela em razão dos erros citados.

Em relação à infração 3, alega o recorrente que a auditora fiscal cometeu os mesmos erros já comentados nas infrações 2 e 4. Diz que está anexado 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". Conclui a autuante 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. 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 INFRAZ Santo Amaro para que fosse dado ciência da informação fiscal ao autuado, o que foi cumprido conforme 1108.

Em sua manifestação às fls. 1115 e 1116 dos autos, o contribuinte 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, 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. 1117 e 1118, anexa fotocópias de Documentos de Arrecadação Federal referentes a recolhimentos de PIS e COFINS.

No que tange aos levantamentos quantitativos de estoques, o contribuinte 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.

A 4ª JJF decidiu pela Procedência da autuação.

Em seu Recurso Voluntário o autuado repete resumidamente as mesmas alegações da defesa.

A douta PGE/PROFIS, em sua primeira manifestação (fl. 1178) opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, porque vazio de fundamentos capazes de modificar a Decisão recorrida.

Na assentada de julgamento a 2ª CJF deliberou pelo encaminhamento do processo a diligência, nos termos constantes às fl. 1180.

O Auditor Fiscal designado após análise detalhada, conclui: “Com os ajustes, conforme evidenciado no Anexo I (fl. 1185), as infrações 2, 3, e 4 resultaram em valores devidos propostos de R\$20.524,98 (exigido R\$25.429,12); R\$7.010,44 (exigido R\$11.795,11); e R\$6.504,36 (exigido R\$8.059,49), ou seja, de um total de R\$45.282,72 para R\$34.039,78.

Intimadas, as partes não se manifestaram.

A Procuradoria opina pela acatamento da revisão efetuada pela ASTEC e pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário.

VOTO

Com referência ao crédito tributário exigido na infração 1 o recorrente calculou erroneamente 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 corretamente o percentual de 31,69%. Com relação ao período de julho a dezembro de 2002, o recorrente 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 nº 37/00. As notas fiscais acostadas às fls. 420 a 908, as contribuições para o PIS/PASEP e para a COFINS não foram consideradas na apuração dos preços praticados pelo recorrente, não podendo, portanto, 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. 1117 e 1118), os mesmos não elidem a acusação, como bem demonstrado pelo ilustre relator em seu voto.

Com relação às infrações 2, 3, e 4, em consonância com o entendimento da douta PGE/PROFIS, acolho a conclusão externada através do Parecer da ASTEC, fls. 1184/5, e, em face do exposto, dou Provimento Parcial ao Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida, e julgar Procedente em Parte o Auto de Infração em lide.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 281077.0001/03-2, lavrado contra **SOLL DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$72.270,93**, acrescido das multas de 60% sobre R\$44.735,51 e de 70% sobre R\$27.535,42, 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, 26 de abril de 2004.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS