

PROCESSO - A. I. Nº 232962.0005/04-0
RECORRENTE - PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO -- Acórdão 1ª JJJ nº 0076-01/05
ORIGEM - COFEP – DAT/SUL
INTERNET - 10/02/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0007-11/06

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO A MENOS, NA QUALIDADE DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. OPERAÇÕES INTERNAS SUBSEQUENTES DE ÁLCOOL HIDRATADO. NÃO INCLUSÃO DO PIS/COFINS DEBITADO AO DESTINATÁRIO. Mantida a inclusão do PIS/COFINS na base de cálculo da substituição tributária apenas no período de 01/07/00 a 31/12/03 do lançamento. Infração parcialmente caracterizada. Modificada a Decisão recorrida. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** CRÉDITO PRESUMIDO. ESTOQUE DE COMBUSTÍVEIS. ÁLCOOL HIDRATADO. Comprovada a utilização do crédito fiscal presumido sobre o estoque em valor superior ao autorizado pela legislação. Infração subsistente. **b)** MATERIAL PARA USO E CONSUMO. BRINDES. Infração reconhecida. **c)** SERVIÇO DE TRANSPORTE. A legislação não permite o crédito do imposto relativo ao serviço de transporte de combustíveis nos recebimentos originados da refinaria via dutos e nas subsequentes saídas interestaduais. Infração subsistente. **d)** FALTA DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO COMPROBATÓRIO. Autuado não apresentou o documento comprobatório do direito ao crédito. Infração subsistente. 3. ESTORNO DE DÉBITO. Autuado demonstrou ter havido equívoco nas planilhas apresentadas pelo autuante, reduzindo o valor do débito. Infração parcialmente caracterizada. 4. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. DADOS DIVERGENTES DOS CONSTANTES NOS LIVROS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. É devida a aplicação de multa de 5% sobre a divergência entre os valores constantes nos arquivos magnéticos e nos livros fiscais, - reflexo dos documentos fiscais -, limitado a 1% do total das saídas. O autuado não efetuou a correção dos arquivos, mesmo após ter sido intimado a fazê-lo. Infração caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. 5. LIVROS FISCAIS. **a)** REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. Infração insubstiente. Modificada a Decisão recorrida. **b)** REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. Infração subsistente. **c)** DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS NOS LIVROS REGISTRO DE SAÍDAS E REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. Infração reconhecida. **d)** REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS. EXTRAVIO. MULTA.

Infração reconhecida. Rejeitadas as preliminares suscitadas e a diligência requerida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão não unânime. Vencido o voto do relator em relação às infrações 1 e 4. E quanto às infrações 2, 3 e 6 a 9. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado para contestar o Auto de Infração, lavrado em 10/12/2004, que impôs ao autuado as seguintes infrações:

1. Reteve e recolheu a menor o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro a dezembro dos exercícios de 1999 a 2003, exigindo ICMS no valor de R\$220.766,79;
2. Utilizou crédito fiscal presumido de ICMS em valor superior ao permitido pela legislação em vigor, referente ao estoque de AHCC [AEHC] existente em 31/09/1999 [31/01/1999], autorizado pelo Decreto nº 7.533/99, exigindo ICMS no valor de R\$22.833,92;
3. Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto, feito a maior sobre operações com produtos recebidos com antecipação tributária e destinados a consumidores, ocasião em que os documentos fiscais foram emitidos com destaque de ICMS, conforme previsto no art. 359 do RICMS/97, nos meses de agosto e setembro de 2002 e janeiro e março de 2003, exigindo ICMS no valor de R\$287.320,93;
4. Forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com omissão de operações e prestações, ou com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, nos meses de junho a setembro, novembro e dezembro de 2000, janeiro a maio, julho a setembro, novembro e dezembro de 2001 e fevereiro, abril a junho, setembro, novembro e dezembro de 2002, aplicando multa no valor de R\$402.998,91;
5. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material de uso e consumo do estabelecimento, referente à Nota Fiscal nº 6276, de 07/10/1999 – brindes para o dia da criança, exigindo ICMS no valor de R\$85,00;
6. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a serviço de transporte interestadual ou intermunicipal não vinculado a operação com mercadorias com saídas subsequentes tributadas, nos meses de janeiro a dezembro dos exercícios de 1999 a 2001 e nos meses de janeiro a junho e outubro a dezembro de 2002, exigindo ICMS no valor de R\$586.076,91;
7. Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, no mês de novembro de 2000, exigindo ICMS no valor de R\$20.703,89;
8. Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de agosto e setembro de 2000, janeiro a março, julho a setembro e novembro de 2001 e julho de 2002, exigindo ICMS no valor de R\$89.367,08;
9. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, lançado no campo 006 do livro Registro de Apuração do ICMS a título de transferência recebida, no mês de dezembro de 2002, exigindo ICMS no valor de R\$12.000,00;
10. Extraviou o livro Registro de Apuração do ICMS referente ao período de janeiro de 1999 a junho de 2000, aplicando multa no valor de R\$920,00;

11. Recolheu a menor ICMS em decorrência de divergências entre os valores lançados no livro Registro de Saídas de Mercadorias e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, no mês de abril de 2001, exigindo ICMS no valor de R\$852,00.

O autuado, através seu patrono, reconheceu como totalmente procedentes as infrações 5, 10 e 11, e parcialmente a Infração 3, relativa aos meses 08 e 09/2002, afirmando que houve erro de soma em relação aos meses 01 e 03/2003, não tendo sido consideradas as Notas Fiscais nºs 54.831 e 57.173 nestes respectivos meses.

Suscitou a nulidade por cerceamento de defesa no tocante às Infrações 01, 02, 06, 07, 08 e 09, sob a alegação de que o relatório da autuação foi elaborado de tal forma que não permite a verificação da consistência da acusação, para elaboração de sua defesa.

Requer no caso da negativa da nulidade, que o autuante seja intimado a juntar todos os documentos utilizados no lançamento das infrações 1, 2, 6, 7, 8, e 9, juntamente com os cálculos de apuração mês a mês, com a concessão de novo prazo para a defesa se manifestar.

No tocante à Infração 1, se opõe ao autuante que utilizou o PIS/COFINS na base de cálculo do ICMS, como substituto tributário, no período de 02/01/1999 a 30/06/2000.

Protesta contra o posicionamento da fiscalização ao adotar as MVA's de 31,69% no período de 01 a 04/07/2000, quando o correto seria 23,25%, e 38,10%, a partir de 05/07/2002. Afirma que em 01/07/2000 houve mudança na legislação do PIS/COFINS, passando a parcela da ST a fazer parte do preço do produto, e os Estados, através do Convênio ICMS nº 37/2000 reduziram a MVA de 31,69% para 23,28% para que a carga tributária permanecesse a mesma.

Em relação à Infração 2, alegou ser a mesma improcedente pela não observância ao art. 8º da Lei nº 7.533/98 que dispõe:

“Art. 8º. Fica concedido aos estabelecimentos distribuidores de álcool hidratado para fim carburante, em relação às operações de saídas efetuadas com o estoque de álcool existente no estabelecimento em 31/01/1999, crédito presumido no valor de R\$ 0,1294 por litro.”

Quanto à Infração 04, não identificou a omissão apontada pela fiscalização, portanto, requer que o CONSEF determine diligência para periciar os referidos arquivos.

Sobre a infração 06, diz improcedente, pois o autuante confundiu a operação de transporte com a operação de aquisição de mercadorias. Afirmou que nas operações com frete CIF a responsabilidade do pagamento do ICMS é do vendedor, mesmo sendo a operação imune, dando-lhe direito a se creditar do montante do pagamento.

No que trata da infração 7, diz que tendo o vencimento desta ocorrido num sábado, efetuou o pagamento do primeiro dia útil após o vencimento, conforme está previsto do RICMS.

Protesta contra a Infração 9, pois todos os documentos foram colocados à disposição do fisco quando da autuação, requerendo uma diligência com o fim específico de periciar tais documentos e reconhecer a improcedência da infração.

Asseverou ser inconstitucional o art. 95, II do RICMS/97, transcrevendo a sua alínea “b”, quanto à não utilização de crédito fiscal de serviço de transporte de mercadorias isentas, não tributadas ou enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, por afronta direta ao princípio da não cumulatividade, tendo a administração pública o dever-poder de deixar de aplicar o dispositivo em razão de sua inconstitucionalidade, transcrevendo a Súmula 473 do STF e doutrina de Luiz Roberto Barroso.

Afirmou que a aplicação de multa no percentual estabelecido no Auto de Infração tem caráter confiscatório, sendo inconstitucional, protestou pelas diligências requeridas e requereu a declaração de nulidade ou inexistência da pretensa exigência fiscal diante da inconstitucionalidade ou, na pior das hipóteses, a sua improcedência.

O autuante manifesta-se inicialmente, afirmando que improcedem as alegações de cerceamento de defesa, e que o próprio autuado apontou argumentos dos demonstrativos anexos, na construção de sua defesa, portanto, não procedem tais alegações.

Informou que embora o autuado tenha reconhecido como procedentes as infrações 5, 10 e 11 não efetuou o recolhimento dos seus valores. Opinou pela procedência da autuação, ressalvando a subtração de R\$9.993,17, referente à Infração 3.

A JJF inicia seu julgamento recapitulando uma a uma as infrações delineadas no Auto de Infração em comento, passando adiante as análises dos itens individualmente, antes, porém, informa que falece competência ao órgão julgador para reconhecer o questionamento do autuado quanto a constitucionalidade do art. 95 do RICMS/97, como estabelece o art. 167, I do RPAF.

Diz que a argüição de cerceamento aludido pela defesa quanto às infrações 1, 2, 5, 6, 7, 8 e 9, não encontra respaldo, pois o Auto de Infração contém todas as informações necessárias a elaboração da defesa, conforme demonstra o próprio autuado ao se valer delas para elaborar sua peça defensiva, rejeitando desta feita, a preliminar suscitada.

Prosegue o julgador da 1ª JJF, indeferindo a diligência pedida com base no art. 147, I, e “b” do RPAF, por entender que os elementos constantes dos autos são suficientes para sua formação de juízo de valor.

Informa que o autuado reconheceu como legítimas as infrações 5, 10 e 11, bem como a infração 3 com o reconhecimento das Notas Fiscais números 54.831 e 57173, com valor total de R\$5.496,75.

Quanto a Infração 1 que se refere a recolhimento a menos do imposto pela falta de inclusão, na base de cálculo da substituição tributária, do PIS/COFINS cobrado aos destinatários nas vendas de álcool etílico hidratado carburante, ressalta o ilustre relator da 1ª JJF que conforme estabelece o art. 8º, II, “b”, da Lei Complementar nº 87/96, que foi repetido na Lei nº 7.014/96, no seu art. 23, II, “b”, quaisquer encargos que sejam cobrados do adquirente devem ser incluídos na base de cálculo do imposto, independente de serem do revendedor ou da distribuidora.

Informa, que a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, através do Acórdão CJF nº 0041-12/03, já se pronunciou em outro processo sobre o mesmo teor da matéria aqui em discussão, tendo mantido o crédito tributário, ou seja, entendido que deve ser incluída na base de cálculo da substituição, o valor dos encargos a título de PIS/COFINS. Desta forma, entende que a infração é subsistente.

No tocante à Infração 2, também se manifesta a JJF pela procedência, por está evidente que o autuado registrou um valor superior ao devido, sendo glosado o crédito correspondente à diferença entre os valores obtidos pelo autuado, e aqueles decorrentes da aplicação do art. 8º do Decreto nº 7.533.

Quanto à infração 3, destaca o relator, que restou esclarecido o equívoco do autuante com o reconhecimento das alegações do autuado, a respeito da omissão das Notas Fiscais números 54.832 e 57.173, entendendo-a como parcialmente subsistente.

No caso da infração 4 a JJF mantém os termos da autuação por observar divergências entre as informações constantes nos arquivos magnéticos em confronto com o livro de Registro de Apuração do ICMS.

Na Infração 6, a JJF reitera os termos da autuação, citando os arts. 1º e 2º do Decreto nº 7.593/99, quanto ao recebimento de combustível através dutovia e, no caso de remessa interestadual cita algumas decisões das Câmaras de Julgamento Fiscal e inclusive da Câmara Superior no sentido de que, nas prestações interestaduais de transportes vinculados às operações de vendas de combustíveis, o crédito será do estabelecimento adquirente, e o Estado de destino é quem arcará com o mesmo.

Na Infração 7, diz a JJF que embora o autuado tenha afirmado que recolheu o imposto no dia imediato do vencimento por ser um sábado, não anexou provas da afirmação, desta feita, a teor

do art. 143 do RPAF/99, a simples negativa do cometimento da infração não elide a acusação fiscal, sendo a mesma subsistente.

Quanto à infração 8, observa a JJF, que o sujeito passivo não se manifestou em relação ao seu teor, referente a recolhimento a menor do imposto em decorrência do desencontro entre os valores do imposto recolhido e escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, apenas suscitando a nulidade da mesma, a qual já foi ultrapassada. Desse modo, aduz a JJF que houve reconhecimento tácito da infração, não havendo lide quanto à mesma, entendendo como caracterizada a mesma.

Mais uma vez, aduz a JJF, que o sujeito passivo não traz aos autos documento comprobatório de uso de crédito fiscal, infração 09, referente, como informou o autuado, a crédito recebido em transferência de uma filial. Dando cabimento a citação do teor do art. 143 do RPAF/99, de que a simples negativa do cometimento da infração não o exime de elidir a acusação fiscal, sendo a mesma subsistente.

Concluindo o ilustre relator vota pela Procedência em Parte do Auto de Infração, estando parcialmente caracterizada a Infração 3 no valor de R\$277.327,76, equivalente ao total dos valores relativos aos meses 08 e 09/2002, de R\$12.695,55 e R\$264.632,21, respectivamente, e subsistentes as demais infrações.

Em voto **discordante** quanto à infração 4 se manifesta o julgador Antonio César de Oliveira, trazendo de início o teor da acusação e a fundamentação legal para aplicação da multa prevista no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96.

Entendendo o ilustre Julgador, que a aplicação da penalidade imposta no Auto de Infração, somente poderá ocorrer com a omissão de operação de entrada ou saída nos arquivos magnéticos ou se houver informações com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais.

Prosegue afirmando:

“Para comprovar tal acusação, caberia ao autuado indicar qual a nota fiscal, de entrada ou saída, que o contribuinte teria omitido ou indicar qual documento foi informado com dados divergentes e qual seria o valor da dita divergência, assegurando o direito da ampla defesa ao autuado. Entretanto, este não foi o procedimento do autuante, pois apesar de ter intimado o autuado para apresentar os arquivos, não apontou as supostas divergências constantes nos documentos fiscais.”

“Como poderia o autuado ser acusado de entregar arquivos magnéticos com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais, conforme consta na acusação acima transcrita, se o autuante não realizou esta verificação ou se o fez não acostou qualquer prova aos autos do presente PAF?”

“O único levantamento acostado pelo autuado, Anexo 63, não consta qualquer indicação de qual a uma operação omitida ou divergente ou documento. Somente consta o total das entradas e das saídas constante do “LIVRO”, que o relator entendeu ser o “livro Registro de Apuração do ICMS”. Entretanto, não existe previsão legal para aplicação da multa em questão em relação a divergência com o livro fiscal. A legislação é bastante clara, a divergência deverá ser em relação ao documento fiscal.”

“Efetivamente, a divergência entre o arquivo magnético e o livro é um forte indício, cabendo ao autuante aprofundar o procedimento de auditoria, conferindo os dados de cada documento informado nos arquivos magnéticos em relação aos documentos fiscais, elaborando planilha especificando as diferenças.”

“Como este não foi o procedimento do auditor, entendo que o pedido de perícia requerido pelo autuado deveria ser convertido em diligência ao autuante, para este acostar aos autos o relatório das diferenças, indicando documento por documento, reabrindo o prazo de defesa em 30 (trinta) dias.”

Julgar procedente a referida infração, da forma como foi indicada, seria admitir a possibilidade de se julgar procedente uma ação em que um auditor de posse da relação de notas do CFAMT, confronta-se o total ali indicado com o total constante do livro de Apuração, e aplicasse a multa de 1% ou de 10%, por entender que houve a falta de registro de notas fiscais no livro Registro de Entradas.

Por outro lado, interpretar que “divergentes dos constantes nos documentos fiscais” é equivalente a divergência constante nos livros fiscais, seria admitir uma interpretação analógica, que não tem validade no Direito Tributário para se exigir o cumprimento de obrigação acessória ou principal.

Desta forma, entendo que a infração 04 é nula, por cerceamento do direito de defesa, uma vez que o autuado não observou o devido processo legal, gerando a falta de certeza e liquidez do lançamento, pois não há elementos nos autos que determinem, com segurança, o cometimento imputado ao sujeito passivo. Ressalto, que a ação fiscal acusa a entrega de arquivo magnético com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais, porém o faz de forma imprecisa, sem indicar quais são os referidos documentos”.

Em sede de Recurso Voluntário insurge-se a quo recorrente, atacando inicialmente a infração 04, afirmando que em que pese trabalho criterioso levado a cabo após a autuação, nenhuma divergência foi encontrada, razão pela qual requereu a implementação de diligência com o fim específico de periciar os arquivos magnéticos, não sendo atendido no acórdão recorrido. Realça o teor do voto discordante e diz que não acolher o pedido de diligência é ferir o art. 5º, LIV e LV da Constituição Federal.

Em seguida o recorrente usa os mesmos argumentos, acima, para solicitar perícia no que tange às infrações 8 e 9, diz não se conformar com a autuação, considerando que toda documentação foi colocada à disposição do agente fazendário no ato da autuação. Cita Doutrinadores e decisões de Instâncias Jurídicas no intuito de ver prevalecer direitos expressos no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal.

Assevera o recorrente, que o processo administrativo fiscal tem como princípio basilar a busca da verdade, constituindo como um de seus princípios objetivos sanar as irregularidades contidas no Auto de Infração, revisando-o e complementando-o. Impedir a diligência não combina com o princípio enunciado.

Ao se pronunciar sobre a infração 1, o contribuinte diz que o julgador de Primeira Instância omitiu-se ao quanto demonstrado na defesa, desconsiderando por completo o Convênio 37/2000.

Diz que o PIS/COFINS lançado na nota fiscal de saída é devido pelo revendedor quando da saída do produto de seu estabelecimento, constando da nota apenas para efeito de informação à Receita Federal. Esta poderá compor a base de cálculo da operação própria do revendedor, sendo recolhido no momento próprio.

Informa que o dispositivo apontado como infringido pela fiscalização se refere aos encargos transferíveis ou cobráveis do destinatário. O que não é o caso. O encargo assegura o recorrente, é do revendedor, transferindo-se apenas a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições à impugnante, por substituição tributária determinada por legislação federal. Merecendo, portanto a reforma da Decisão.

Em defesa da infração 2, o contribuinte alude ao art. 8º da Lei nº 7.533/99, para afirmar que efetuou o cálculo baseado no volume de saídas existentes no período, tendo o fisco utilizado como critério para o cálculo do crédito presumido o estoque apurado no final do mês de janeiro de 1999, tomando como base: EFM+E-S=EF, e para o cálculo do crédito presumido, considerou EFxValor p/litro do crédito presumido. Merecendo desse modo, a reforma da Decisão.

Quanto à infração 3, sobre a qual já se houvera manifestado o autuado, admitindo a procedência, faz prova do recolhimento do imposto cobrado, conforme DAE's acostados aos autos.

Na defesa da infração 6, o recorrente reitera o quanto exposto no ato da impugnação, para confirmar seu entendimento de que a saída de produtos derivados de petróleo de um estabelecimento em determinado Estado com destino a outro, da mesma Federação, goza da não incidência do ICMS. Não havendo fato gerador de ICMS na operação. Assim ocorrendo esta hipótese não há direito ao creditamento do ICMS da operação de saída do produto combustível.

Ocorre que a referida disposição constitucional foi objeto de regulamentação através da Lei Complementar nº 87/96, bem como do Decreto Estadual nº 6.284/97, que reconheceu que nas operações internas com combustível derivado de petróleo a operação é tributada normalmente, gerando direito ao crédito, na forma da legislação, inovando assim o ordenamento legal, prevendo hipótese de incidência do tributo em comento, quando da entrada no território do Estado destinatário de petróleo, derivados, inclusive de lubrificantes definidas na Lei Complementar nº 87/96.

A respeito da infração 7, o recorrente através seu representante legalmente constituído, volta a informar que o vencimento da obrigação fiscal previsto para um sábado foi efetivamente cumprido no primeiro dia útil após o vencimento, segunda feira, conforme atesta comprovante de pagamento anexo aos autos.

Finalizando, o recorrente argüi a inconstitucionalidade do inciso II do art. 95 do RICMS, por se tratar de dispositivo sem eficácia, pois ilegítimo sob o aspecto econômico que impinge ao contribuinte vedação ao aproveitamento de crédito fiscal.

A representante da PGE/PROFIS, se manifesta afirmando que o recorrente reconhece a infração 3; não impugnou direta e precisa as infrações 2 e 7, por não ter refutado os cálculos elaborados pelo fiscal no item 2 e não trouxe provas do alegado pagamento da infração descrita no item 7 do Auto de Infração.

Em relação à infração 1 assim se expressou a i. procuradora: “*observo que foi instituída a substituição das contribuições federais, PIS/COFINS, deslocando a responsabilidade para a distribuidora, o que não pode majorar a carga tributária, pois a modificação se deu apenas quanto a responsabilidade pessoal pela obrigação tributária, não se verificando, no caso, a criação de uma nova obrigação pecuniária, repassada pelo distribuidor ao revendedor*”.

“*Isso se confirma nas alterações promovidas pelo Convênio ICMS nº 37/00, vigente a partir de 01/07/00, que ao proceder modificações nas margens de valor agregado, nas operações com combustíveis, refletiu as alterações na sistemática de cobrança das contribuições, em especial, a introdução da alíquota zero nas operações promovidas pelos revendedores varejistas e a majoração das alíquotas nas distribuidoras, como forma de compensação. Em consequência da fixação da alíquota zero, na etapa de revenda, promovida pelos postos varejistas, foi a MVA também reduzida, refletindo a exclusão daquelas parcelas do custo da comercialização do álcool no varejo*”.

“*Assim as parcelas objeto do Auto de Infração, envolvendo as contribuições do PIS e da COFINS, retidos pelo distribuidor, pelas operações devidas pelos revendedores, já estão inclusas na margem de agregação estabelecida na norma de substituição tributária do ICMS, prevista no art.512-B, inc.IV, do RICMS/BA, que regulamenta a norma da Leii nº 7.014/96, contida no art. 23, inc. II, letra “b”.*

Concluindo por afirmar que o Auto de Infração incide em cobrança de ICMS em duplicidade, dando conta de que esse entendimento tem sido adotado de forma unânime, em caso semelhante pela 2ª CJF, e exemplifica transcrevendo o Acórdão CJF nº 0166-12/04.

No caso da infração 6, reconhece a ilustre procuradora que o autuado deve pagar o ICMS incidente sobre o transporte de mercadorias em operações interestaduais, mesmo essa estando albergada pela regra da não incidência, o serviço de transporte é tributado. Sendo devido ao Estado de origem, que no caso é a Bahia, de modo que o estabelecimento remetente não se

creditará deste imposto, pois não há de ser anulado, e o Estado destinatário arca com o crédito deste imposto, a ser apropriado pelo estabelecimento destinatário da mercadoria e do serviço.

Ilustra sua afirmação transcrevendo o Acórdão da 1^a CFJ nº 0218-11/02, que apreciou a matéria na mesma linha de raciocínio adotado acima. Concluindo seu opinativo pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, para que seja considerada improcedente a infração 6.

Por recomendação do Dr. Procurador Rogério Leal Pinto de Carvalho, o presente PAF foi encaminhado a ASTEC, para emitir pronunciamento técnico quanto a Infração 6.

Em Parecer PROFIS/ASTEC/CSL Nº 00305, o auditor encarregado da tarefa assim encerra seu pronunciamento: “...diante do que dispõe a legislação, entendo que, o ICMS sobre o frete deverá ser retido no Estado de origem, que no caso é o Estado da Bahia, sendo o mesmo aproveitado, pelo destinatário localizado em outra unidade da Federação”.

Do exposto entendo, à luz do que dispõe o RICMS, que o crédito utilizado pelo autuado é indevido, portanto a infração 6 é procedente.

Em despacho subsequente o mesmo procurador ratifica o Parecer exarado pela ilustre procuradora Drª Maria Dulce Baleiro Costa, constante das fls. 384 a 387, no que respeita ao provimento parcial do Recurso Voluntário de fls. 356 a 375, para que seja julgado improcedente o item 1 do Auto de Infração. Por outra parte, discorda da opinião da mesma procuradora com relação à infração 6, aderindo ao pronunciamento técnico de fls. 388 a 390, que conclui que o valor do ICMS incidente na prestação de serviços de transportes com frete CIF deve ser aproveitado pelo destinatário localizado em outra unidade da Federação e não pelo autuado, o que torna procedente a infração 6.

Na assentada de julgamento por duas oportunidades, primeiro a Conselheira Denise Barbosa e em seguida o presidente desta 1^a Câmara de Julgamento Fiscal Dr. Antônio Freitas pediram vistas ao processo, resultando em pedido de diligência no seguinte teor:

Na infração 1 exige-se o ICMS que foi recolhido a menos pelo contribuinte, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas saídas de álcool etílico hidratado carburante (AEHC), no período de janeiro de 1999 a dezembro de 2003.

O RICMS/97, com fundamento nos Convênios ICMS 03/99, 37/00, 100/02, 140/02 e 156/02, foi alterado, ao longo do tempo, para compatibilizar os percentuais de Margem de Valor Adicionado (MVA) às alíquotas da Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/PASEP) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS).

Sendo assim, esta 1^a Câmara de Julgamento Fiscal deliberou converter o PAF em diligência ao autuante para que:

I - intime o autuado a comprovar, no prazo de 10 (dez) dias, por meio de elementos documentais, que incluía efetivamente, no preço do produto vendido (álcool etílico hidratado carburante), as seguintes alíquotas de PIS/PASEP e COFINS, no período de 1 de julho de 2000 a 31 de dezembro de 2003 (Lei nº 9.718/98, artigo 5º, incluído pela Lei nº 9.990/00, com a alteração dada pela Medida Provisória nº 2158-35/2001) :

- a. PIS/PASEP de 1,46% (um inteiro e quarenta e seis centésimos por cento);*
- b. COFINS de 6,74% (seis inteiros e setenta e quatro centésimos por cento);*

II – caso seja comprovado que o autuado incluía, no preço do produto vendido, as contribuições acima mencionadas, refaça o levantamento fiscal adotando a Margem de Valor Agregado no percentual de 23,28%, informando se ainda persiste algum valor de débito.

Após a realização da diligência, que a Inspetoria de Ilhéus intime o autuado, ora recorrente, a se manifestar no prazo de dez dias, fornecendo-lhe, mediante recibo, fotocópias dos documentos juntados pelo autuante na realização da diligência.

Após, que os autos sejam remetidos à PGE/PROFIS para que emita o seu abalizado Parecer.

A INFRAZ Ilhéus procedeu a intimação em 13/10/2005 concedendo prazo de 10 dias, para efeito dos esclarecimentos a propósitos das questões apresentadas. Decorrido o prazo regulamentar e não havendo pronunciamento do contribuinte, deu-se como concluída a diligência.

VOTO (Vencido quanto às infrações 1 e 4)

O Auto de Infração nº 232962.0005/04-0, lavrado em 10/12/2004, aponta a ocorrência de 11 infrações descritas no início deste relatório e, em detalhes nas peças que compõem o presente PAF. As infrações 5, 10 e 11 foram acatadas integralmente pelo autuado, a infração 7 ficou comprovada a informação do recorrente com a juntada aos autos, fl. 376, do comprovante do pagamento. A infração 3 também foi quitada, após o autuante admitir que houve erro, pela não admissão de duas notas fiscais, que consideradas, reduziu o valor original do imposto de R\$287.320,93 para R\$277.327,77, conforme comprovante de pagamento, fl. 378, portanto, procedente em parte.

Infração 1 trata da retenção e recolhimento a menos o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro a dezembro dos exercícios de 1999 a 2003, exigindo ICMS no valor de R\$220.766,79;

Com a substituição das contribuições federais PIS/COFINS, deslocou-se a responsabilidade para as empresas distribuidoras, sem todavia majorar a carga tributária, tal assertiva se confirma nas alterações introduzidas no Convênio nº 37/00, que procedeu modificações nas MVA's, de sorte que não houvesse alteração na base de cálculo.

Desse modo, as parcelas que deram margem à autuação, referentes às Contribuições PIS/COFINS, retidas pelo distribuidor, pelas operações devidas pelos vendedores finais, já se incluíam na margem estabelecida na norma de substituição tributária de ICMS, dessa maneira a se configurar como procedente a cobrança, esta incidiria em duplicidade para o contribuinte.

Voto, neste caso, pela improcedência da cobrança pretendida como, aliás, decidiu a 2ª JJF unanimemente conforme Acórdão Nº 0166-12/04, e com igual propriedade expôs em seu opinativo a ilustre representante da PGR/PROFIS.

A infração 02 trata da utilização de crédito fiscal presumido de ICMS em valor superior ao permitido pela legislação em vigor, referente ao estoque de AHCC [AEHC] existente em 31/09/1999 [31/01/1999], autorizado pelo Decreto nº 7.533/99, exigindo ICMS no valor de R\$22.833,92;

Entendo que o autuante utilizou a metodologia correta, ao partir do estoque final inventariado de 1999, somando as entradas e abatendo as saídas ocorridas no mês de janeiro de 1999, para calcular a quantidade do produto, álcool carburante, em estoque em 31/01/99, a partir daí efetuou a multiplicação pelo valor do crédito presumido por litro conforme está no art. 8º do Decreto nº 7.533/99. Daí a constatação que o autuado utilizou um valor superior ao devido estando, portanto caracterizada a infração.

Infração 4: Forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com omissão de operações e prestações, ou com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, nos meses de junho a setembro, novembro e dezembro de 2000, janeiro a maio, julho a setembro, novembro e dezembro de 2001 e fevereiro, abril a junho, setembro, novembro e dezembro de 2002, aplicando multa no valor de R\$402.998,91; Tal como entendeu o ilustre relator do voto discordante da JJF, acho que o ilícito somente ocorreria com a omissão de operações de entrada ou saída nos arquivos magnéticos, ou quando as informações contenham dados divergentes dos constantes

nos documentos fiscais. Conforme bem se expressou o ilustre relator, caberia ao autuante declinar qual a nota fiscal, de entrada ou saída, omitida pelo contribuinte ou indicar em que documentos estão os dados divergentes, e seu valor, para desse modo ser assegurada a ampla defesa do autuado.

Adiante indaga o relator, “...*como poderia o autuado ser acusado de entregar arquivos magnéticos com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais, conforme consta na acusação acima transcrita, se o autuante não realizou esta verificação ou se o fez não acostou qualquer prova aos autos do presente PAF?*”

Desse modo, tal como entendeu o relator do voto discordante da JJF, voto pela nulidade da infração, por entender ter havido cerceamento do direito de defesa, uma vez não ter sido observado o devido processo legal gerando a falta de certeza e liquidez do lançamento.

Infração 6 utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a serviço de transporte interestadual ou intermunicipal não vinculado à operação com mercadorias, com saídas subsequentes tributadas, nos meses de janeiro a dezembro dos exercícios de 1999 a 2001 e nos meses de janeiro a junho e outubro a dezembro de 2002, exigindo ICMS no valor de R\$586.076,91;

No que respeita ao uso de dutovia no transporte de combustível, os arts. 1º e 2º Decreto nº 7.593, não deixas dúvidas quanto à vedação ao direito do crédito. Quanto à remessa interestadual de combustível, este CONSEF já se pronunciou em reiteradas decisões de segunda instância, nos Acórdãos CJF nº 0980/01, CJF nº 0218-11/02 e CJF nº 0367-12/02, e, inclusive, na Câmara Superior, mediante o Acórdão CS nº 0220-21/02, no sentido de que, nas prestações interestaduais de transportes vinculados às operações de vendas de combustíveis, o crédito será do estabelecimento adquirente e o Estado de destino é quem arcará com o mesmo. Diante das evidências, voto pela procedência do lançamento do crédito estabelecido nesta infração.

Na análise da infração 7, observamos que o oro recorrente, fez prova do recolhimento reclamado, em dia não útil, sábado, tendo realmente efetivado o recolhimento, elidindo esta suposta infração.

Quanto à infração 8, não tendo a empresário recorrente se manifestado com relação ao seu teor, que trata de recolhimento a menor do imposto, em decorrência de diferença entre o valor do imposto recolhido, e a escrituração do livro de Registro de Apuração do ICMS, entende-se como reconhecimento tácito da infração, e portanto, procedente a autuação relativa a este item.

Por último a infração 9, que se refere a crédito recebido em transferência de filial, o recorrente não trouxe aos autos documentos comprobatórios de sua afirmação que, pelo teor do art. 143 do RPAF/99 a simples negativa do cometimento da infração não elide a acusação fiscal, sendo desse modo procedente a infração aplicada.

Pelo exposto voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para reconhecer o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE, e que sejam homologados os pagamentos realizados, de acordo com os comprovantes de pagamentos anexados ao processo.

VOTO VENCEDOR (Quanto às infrações 1 e 4)

Discordo do voto do nobre relator no que se refere às infrações 1 e 4.

Na infração 1 exige-se o ICMS que foi retido e recolhido a menos, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações de saídas internas subsequentes de álcool etílico hidratado, sob a acusação de que o autuado (uma distribuidora localizada no Estado da Bahia) deixou de incluir o PIS e a COFINS na base de cálculo do ICMS-Substituição Tributária, no período de julho de 1999 a dezembro de 2003.

Já expressei o meu posicionamento a respeito dessa matéria no Acórdão CJF nº 0448-11/05. Naquela oportunidade, ressaltei que o PIS (Programa de Integração Social) e a COFINS

(Contribuição para Financiamento da Seguridade Social) foram instituídos, respectivamente, pela Lei Complementar nº 07/70 e pela Lei Complementar nº 70/91, incidindo sobre o faturamento das empresas, e que, desde a criação da COFINS, a partir de 01/04/92, as distribuidoras de combustíveis eram responsáveis pelo recolhimento da contribuição incidente sobre o seu próprio faturamento (2%) e, na condição de substitutos tributários, pela retenção e recolhimento da parcela devida pelos postos revendedores, incidente à alíquota de 2% sobre faturamento do álcool hidratado, da gasolina automotiva e do diesel. No caso do PIS, foi atribuída à distribuidora a condição de substituto tributário somente a partir da vigência da Portaria nº 238/84, em 27 de dezembro de 1984.

Por outro lado, o Convênio ICMS 105/92 (revogado pelo Convênio ICMS 03/99) já atribuía aos remetentes de combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, situados em outras unidades da Federação, a condição de contribuintes ou de substitutos tributários, relativamente ao ICMS incidente sobre as operações com esses produtos, **a partir da operação que os remetentes realizassem, até a última**, assegurado o seu recolhimento à unidade federada onde estivesse localizado o adquirente.

Em sua Cláusula segunda, o referido Convênio estabelecia, desde 1997 (redação do Convênio ICMS 31/97) que a base de cálculo seria:

1. o preço máximo ou único de venda a consumidor fixado pela autoridade competente;
2. na falta do preço a que se refere o item anterior, o montante formado pelo preço estabelecido pela autoridade competente para o remetente ou no caso de inexistência deste preço, o valor da operação, acrescido, em ambos os casos, do valor de qualquer encargo transferível ou cobrado do destinatário, adicionados, ainda, do percentual de 31,69% de margem de lucro, na hipótese de operações internas de álcool hidratado.

Até junho de 2000, a tributação pelo PIS e pela COFINS, referente à comercialização de álcool hidratado, era regulada pela redação original dos artigos 2º e 5º, da Lei Federal nº 9.718/98, a seguir transcritos:

Art. 2º As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei.

(...)

Art. 5º As distribuidoras de álcool para fins carburantes ficam obrigadas a cobrar e a recolher, na condição de contribuintes substitutos, as contribuições referidas no art. 2º, devidas pelos comerciantes varejistas do referido produto, relativamente às vendas que lhes fizerem.

Parágrafo único. Na hipótese deste artigo, a contribuição será calculada sobre o preço de venda do distribuidor, multiplicado por um inteiro e quatro décimos.

Vigia também, à época, o Convênio ICMS 03/99 que previa o seguinte:

1. na Cláusula primeira – que os Estados e o Distrito Federal, quando destinatários, poderiam atribuir aos remetentes de combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, situados em outras unidades da Federação, a condição de contribuintes ou de sujeitos passivos por substituição, relativamente ao ICMS incidente sobre as operações com esses produtos, a partir da operação que os remetentes estivessem realizando, até a última, assegurado o seu recolhimento à unidade federada onde se localizasse o destinatário;
2. no inciso I do § 1º da Cláusula terceira - que, na falta de preço máximo de venda a consumidor fixado por autoridade competente, na hipótese em que o sujeito passivo por substituição fosse a distribuidora de combustíveis, a base de cálculo seria “o montante formado pelo preço estabelecido por autoridade competente para o remetente, ou, em caso de inexistência deste,

o valor da operação acrescido dos valores correspondentes a frete, seguro, impostos e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, adicionados, ainda, em ambos os casos, do valor resultante da aplicação dos seguintes percentuais de margem de valor agregado”:
Anexo I – operações internas (Bahia) com álcool hidratado – 31,69%.

O item 1 da alínea “b” do inciso I do artigo 512-A do RICMS/97, então vigente (repercutindo o teor da Lei nº 7.014/96 e do Convênio ICMS 03/99) determinava que o distribuidor de combustíveis seria o responsável pelo lançamento e recolhimento do imposto estadual, relativo às operações internas subsequentes com o álcool etílico hidratado para fins carburantes, na condição de sujeito passivo por substituição. A base de cálculo do imposto devido por substituição tributária, segundo a alínea “a” do inciso IV do artigo 512-B, do citado RICMS/BA, deveria ser, nas saídas internas, o montante formado pelo valor da operação, acrescido dos valores correspondentes a frete, seguro, impostos e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, adicionado do percentual de margem de valor agregado (MVA) de 31,69%.

Dessa forma, a margem de valor agregado (MVA) prevista no referido Convênio e no RICMS/97 foi estabelecida naquele momento prevendo uma determinada carga tributária para o ICMS-Substituição Tributária, adaptada à legislação então vigente. Ao fixar a MVA de 31,69% para a situação em tela, o legislador do ICMS objetivou alcançar o preço final de toda a cadeia produtiva referente ao álcool hidratado, isto é, até o preço de venda ao consumidor final praticado pelo revendedor varejista. Esta sempre foi a função precípua da margem de valor agregado (MVA): estimar o lucro dos contribuintes substituídos, de forma a alcançar um preço de venda o mais compatível possível com a realidade. Como se trata apenas de uma estimativa, é óbvio que jamais será exatamente o preço praticado no mercado, porém o ente tributante se satisfaz com ele e, após efetuada a substituição tributária, determina o encerramento da fase de tributação daquela mercadoria.

Voltando à incidência do PIS e da COFINS na comercialização do álcool hidratado, verifico que o distribuidor de combustíveis, **até junho de 2000**, era, ao mesmo tempo, contribuinte e sujeito passivo por substituição:

1. na condição de contribuinte, era obrigado a recolher o PIS e a COFINS incidentes sobre o seu faturamento – neste caso, tais contribuições faziam parte da formação de seu custo e, consequentemente, do preço de venda por ele praticado nas operações de saída da mercadoria;
2. na condição de sujeito passivo por substituição, era obrigado a reter e a recolher o PIS e a COFINS devidos pelo estabelecimento varejista (posto revendedor), calculados sobre o preço de venda do distribuidor – nesta hipótese, cabe indagar se as contribuições federais mencionadas devem, ou não, ser adicionadas à base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária, como se pretende no presente lançamento.

Ora, se a margem de valor agregado (MVA) de 31,69% foi fixada pelo Convênio ICMS 03/99 para as operações internas de comercialização de álcool hidratado com o objetivo de alcançar o preço final praticado pelos postos revendedores nas vendas ao consumidor final e se as contribuições para o PIS e COFINS existem desde 1984 e 1991, respectivamente, é bastante razoável supor que o legislador do ICMS considerou, na fixação dos percentuais da MVA, todos os tributos então incidentes na comercialização da citada mercadoria.

Raciocinando dessa maneira, parece-me evidente que as margens de valor agregado (MVAs), previstas legalmente **até 30 de junho de 2000** para a circulação interna e interestadual de álcool hidratado efetivada pela distribuidora, já contemplavam em seu cálculo a carga tributária total relativa às contribuições para o PIS e COFINS devidas pelo estabelecimento varejista, pois, como mencionado anteriormente, um dos pilares do regime da substituição tributária é justamente a fixação de uma margem de valor agregado que permita estimar o preço a consumidor final praticado na ponta da cadeia produtiva, de forma a encerrar a fase de tributação do imposto.

Esse entendimento se torna bastante claro quando se analisam as modificações promovidas na Lei Federal nº 9.718/98, a partir de 01 de julho de 2000, pelas Medidas Provisórias nºs 1991-15 e 1991-18, de 2000, pela Lei Federal nº 9.990/00, de 21/07/00, e pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001 (com efeitos retroativos a 01/07/00), dentre outras Medidas Provisórias editadas. Ocorreram as seguintes alterações na legislação do PIS e da COFINS:

1. foram reduzidas a zero as alíquotas da contribuição para o PIS e COFINS incidentes sobre a receita bruta auferida pelos comerciantes varejistas, decorrente da venda de álcool para fins carburantes (artigo 43, inciso II, da MP nº 1991-18/2000);
2. foram extintos a retenção e o recolhimento, por substituição tributária, das mencionadas contribuições federais, feitos até então pela distribuidora de álcool carburante nas saídas para o estabelecimento varejista;
3. foram majoradas as alíquotas das contribuições para o PIS e COFINS, devidas pela distribuidora de álcool carburante, para 1,46% e 6,74%, respectivamente, calculadas sobre a receita bruta decorrente da venda do álcool, exceto quando adicionado à gasolina (artigo 3º, da Lei nº 9.990/00).

Assim, **a partir de 01/07/00**, o faturamento dos estabelecimentos varejistas de álcool combustível deixou de ser tributado pelo PIS e COFINS, entretanto, foi aumentada a tributação incidente sobre a receita dos distribuidores, de forma a conservar a carga tributária então existente.

Com a alteração feita na tributação do PIS e COFINS, havia a necessidade de se adaptar as margens de valor agregado (MVA) utilizadas na apuração da base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária, de maneira a não haver majoração da carga tributária do imposto estadual. Por outro lado, os Estados e o Distrito Federal perceberam que muitas empresas estavam obtendo liminares judiciais liberando-as do pagamento antecipado do ICMS e, dessa forma, decidiram editar o Convênio ICMS 37/00, com efeitos jurídicos a partir de 01 de julho de 2000, estabelecendo novas e menores margens de valor agregado (MVA) na hipótese de a distribuidora de álcool carburante, exceto quando se tratar de álcool adicionado à gasolina, “*praticar preço em que são consideradas no seu cálculo as alíquotas de um inteiro e quarenta e seis centésimos por cento e seis inteiros e setenta e quatro centésimos por cento, para a contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS, respectivamente*” (Cláusula primeira, § 1º). A partir daí, ao invés de 31,69%, a MVA passou a ser de 23,38%, tendo sido, posteriormente, alterada em razão de modificações também ocorridas na legislação do PIS e da COFINS.

É importante salientar, contudo, que o próprio Convênio ICMS 37/00 previu, no § 3º da Cláusula primeira, que “Na impossibilidade de aplicação, por qualquer motivo, dos percentuais previstos nesta cláusula para cálculo da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS, prevalecerão as margens de valor agregado constantes nos Anexos I e II e, se for o caso, no inciso I do § 3º da cláusula terceira, todos do Convênio ICMS 03/99, de 16 de abril de 1999”, vale dizer, a MVA de 31,69%, nas operações internas.

Toda a exposição acima foi feita para deixar patente que a legislação do ICMS, no que concerne à substituição tributária referente ao álcool hidratado, foi editada no sentido de estabelecer e manter uma determinada carga tributária.

Os “*encargos transferíveis ou cobrados do destinatário*”, previstos nos Convênios ICMS 105/92 e 03/99, a meu ver, somente podem ser entendidos, na situação em análise, como valores inesperados despendidos pelos remetentes das mercadorias e repassados aos seus destinatários - inclusive tributos ou contribuições criados posteriormente à edição dos Convênios, os quais não poderiam ter sido previstos pelo legislador no momento da fixação de determinada margem de valor agregado -, o que, definitivamente, não é o caso dos valores do PIS e da COFINS, retidos e cobrados dos varejistas pelas distribuidoras de álcool desde 1984 e 1991, respectivamente, até o dia 30 de junho de 2000.

Assim, considero que a inclusão dos valores referentes ao PIS e à COFINS na base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária, no período de julho de 1999 a 30 de junho de 2000 deste lançamento, caracteriza o *bis in idem* e, por conseguinte, é indevido o débito ora exigido concernente ao período acima referido.

Entretanto, a partir de 01 de julho de 2000, a legislação do ICMS passou a prever, concomitantemente, dois percentuais de MVA: um, inferior, quando o contribuinte incluisse, na base de cálculo do imposto por substituição tributária, os valores relativos ao PIS e à COFINS; e outro, mais alto, quando não ficasse comprovada a inclusão, na base de cálculo do imposto por substituição tributária, dos valores referentes ao PIS e à COFINS.

Nesta lide constato que, mesmo após intimado em diligência determinada por esta 1^a Câmara de Julgamento Fiscal (fls. 394 e 397), o recorrente não comprovou que incluía no preço do álcool vendido os percentuais referentes à PIS e à COFINS. Sendo assim, só posso concluir que é devido o imposto exigido no período 01/07/00 a 31/12/03, conforme apontado neste lançamento, porque calculado com base nos percentuais de margem de valor agregado, previstos no artigo 512-B, § 1º, inciso I (redação de 05/07/02 a 24/12/02) e 512-B, § 1º, inciso III (redação a partir de 25/12/02), do RICMS/97 e nos Convênios a seguir indicados, para as operações internas de álcool hidratado para fins carburantes:

1. na Cláusula terceira, § 1º, inciso I, e no Anexo I do Convênio ICMS 03/99 - de 31,69%, no período de 01/07/00 a 04/07/02;
2. no Anexo I, do Convênio ICMS 91/02 - de 38,10%, no período de 05/07/02 a 24/12/02;
3. na Cláusula terceira e no Anexo X, do Convênio ICMS 140/02 - de 37,97%, no período de 25/12/02 a 31/12/03.

Em resumo, considero devido, na infração 1, o ICMS no valor de R\$162.636,04, referente apenas ao período de 01/07/00 a 31/12/03, merecendo reforma, portanto, a Decisão recorrida.

Na infração 4 exige-se a multa de R\$402.998,91, porque o autuado “*forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com omissão de operações e prestações, ou com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes*”, conforme o demonstrativo acostado às fls. 164 e 165.

Analizando o demonstrativo elaborado pelo autuante, constato que foram apuradas divergências entre os valores escriturados no livro Registro de Apuração do ICMS e aqueles indicados nos arquivos magnéticos entregues pelo contribuinte à Secretaria da Fazenda, nos meses de junho a setembro, novembro e dezembro de 2000, janeiro a maio, julho a setembro, novembro e dezembro de 2001 e fevereiro, abril a junho, setembro, novembro e dezembro de 2002.

O autuado, ora recorrente, foi intimado em 22/11/04 a apresentar os arquivos corretos, tendo sido indicado na intimação (fl. 21) que haviam sido entregues os arquivos magnéticos “*com divergências de informações em relação aos livros e documentos fiscais*”. Após a intimação, o contribuinte apresentou, em 24/11/04, outros arquivos magnéticos com as mesmas divergências existentes naqueles anteriormente entregues (fls. 166 a 247). Ora, entendo que os livros fiscais são, ou deveriam ser, o reflexo dos dados constantes nos documentos fiscais e, dessa maneira, havendo divergência constatada entre o livro Registro de Apuração de ICMS e os arquivos magnéticos, também haverá divergência entre estes e os documentos fiscais.

Sendo assim, considero que ficou caracterizada a infração apontada no lançamento, devendo ser aplicada a penalidade prevista no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96, de 5% do valor das operações de entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, informadas nos arquivos magnéticos com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, limitado a 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período. Correta a decisão recorrida.

Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário para reformar a Decisão recorrida no que se refere às infrações 1 e 7, homologando-se os valores efetivamente recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade em relação às infrações 2, 3 e 6 a 9, e em decisão não unânime quanto às infrações 1 e 4, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232962.0005/04-0, lavrado contra **PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.151.178,73**, sendo R\$166.772,09, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, “b”, “e” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$984.406,64, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, “b”, “e”, “f” e VII, “a”, da referida lei, além das multas no valor de **R\$402.998,91**, sendo R\$80.899,06, atualizado monetariamente, e R\$332.099,85, com os devidos acréscimos legais, bem como **R\$920,00**, previstas no art. 42, XIII-A, “f” e XIV, da Lei nº 7.014/96, redação dada pela Lei nº 8.354/02, com os acréscimos moratórios correspondentes.

VOTO VENCEDOR (Quanto às infrações 1 e 4): Conselheiro(a) Denise Mara Andrade Barbosa, Oswaldo Ignácio Amador, Fernando Antonio Brito Araújo e Antonio Ferreira de Freitas.

VOTO (Vencido quanto às infrações 1 e 4): Conselheiro Eduardo Nelson de Almeida Santos e Marcos Rogério Lyrio Pimenta.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de janeiro de 2006.

ANTONIO FERREIRA FREITAS - PRESIDENTE

EDUARDO NELSON DE ALMEIDA SANTOS – RELATOR/VOTO (Vencido quanto às infrações 1 e 4)

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – VOTO VENCEDOR (Quanto às infrações 1 e 4)

JORGE SALOMÃO OLIVEIRA DOS SANTOS - REPR. DA PGE/PROFIS