

PROCESSO - A. I. Nº 232962.0013/05-0
RECORRENTE - SHELL BRASIL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JF nº 0003-05/06
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
INTERNET - 12/05/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0159-11/06

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. BASE DE CÁLCULO. RETENÇÃO A MENOS, NA QUALIDADE DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. OPERAÇÕES INTERNAS SUBSEQUENTES DE ALCOOL HIDRATADO. NÃO INCLUSÃO DO PIS/COFINS DEBITADO AO DESTINATÁRIO. No período em questão, como o autuado deixou de incluir as contribuições acima mencionadas na base de cálculo do imposto, a Margem de Valor Agregado (MVA) a ser aplicada deveria ter sido no percentual de 31,69% (Convênio ICMS nº 37/00). Rejeitadas as preliminares de nulidade argüidas, bem como o pedido de perícia. Infração caracterizada. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário, interposto pelo autuado inconformado com a Decisão proferida através do Acórdão nº 0003.05/06. Esta questão foi iniciada com a lavratura de Auto de Infração em 27/09/2005, que exige ICMS no valor de R\$23.947,73, acrescido da multa de 60%, em face da retenção e recolhimento a menos do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas saídas de álcool hidratado para contribuintes localizados neste Estado, em razão da não inclusão do valor do PIS e COFINS na base de cálculo relativa às vendas de álcool hidratado.

O autuado, às fls. 77 a 84 através de seu representante legalmente constituído, apresenta recurso voluntário, argüindo a nulidade do Auto de Infração, sob a argumentação de ausência de fundamentação legal na apuração da base de cálculo. Transcreve o art. 142, do CTN, e afirma que os autuantes apenas apresentaram números sem qualquer indicação ou demonstração da fórmula utilizada para encontrar os valores lançados na planilha, bem como não indicaram os dispositivos legais que regulamentam a forma de apuração e o percentual da MVA utilizada. Acrescenta que não existe nenhum indicativo que leve à conclusão de que a suposta infração tenha decorrido da não inclusão do PIS e da COFINS na base de cálculo do imposto.

O período fiscalizado engloba notas fiscais emitidas entre janeiro/00 a dezembro/02, porém somente foram detectadas infração entre julho/00 a julho/02. Afirma, porém, que a fiscalização aplicou erroneamente percentuais de MVA, resultando na apuração de uma base de cálculo superior àquela efetivamente devida. Diz que os autuantes aplicaram uma MVA de 31,69% sobre todo o período fiscalizado, mas que em 26/06/00 foi celebrado o Convênio nº 37/00 que estabeleceu novos percentuais. Expõe que em relação às operações internas com álcool hidratado o percentual da MVA foi reduzido para 23,28% a partir de 01/07/00, vigorando até 05/07/02, quando o Convênio 91/02 revogou o Convênio nº 37/00. Descreve o cálculo efetuado para apuração do imposto de algumas notas fiscais, visando demonstrar que utilizou o percentual correto da MVA, bem como incluiu o PIS e o COFINS na base de cálculo do imposto. Afirma que os valores pagos a título das contribuições acima mencionadas já estão incluídos no preço da venda, e que tais valores não são repassados ao destinatário via destaque na nota fiscal, mas que compõem o custo

da mercadoria. Aduz que a margem de valor agregado diferenciada a ser utilizada quando não há inclusão do valor do PIS e da COFINS substituição tributária no custo dos produtos vendidos, é exceção, só aplicável nos casos em que há expressa determinação judicial de não cobrança desses tributos. Entende que o fisco não foi capaz de demonstrar concretamente a inexistência do recolhimento do PIS e da COFINS e transcreve lições dos Professores Ives Gandra e Aires F. Barreto, com o fito de amparar sua tese de que a autuação foi feita baseada em mera presunção.

Ao final, requer a realização de perícia, e que seja reconhecida a nulidade do Auto de Infração.

O contribuinte comercializou álcool hidratado combustível carburante no período de 01 de julho de 2000 a 05 de julho de 2002, aplicando, para efeito de cálculo da substituição tributária, o percentual de MVA de 23,28%.

A PGE/PROFIS, na figura de seu ilustre procurador Dr. José Augusto Martins Júnior apresentou despacho às folhas 90 a 92 Negando Provimento ao Recurso Voluntário, dispondo que os fatos e procedimentos relatados na infração estão em perfeita harmonia com a legislação vigente.

Os fatos em questão foram analisados à luz do disposto no Convênio nº 37/00, Cláusula primeira e seus parágrafos, combinados com os arts. 23 e 512-B do Regulamento do ICMS/97.

O Convênio nº 37/00 determina, que a partir de 01 de julho de 2000, se forem praticados na formação de preços de venda, os percentuais de PIS e COFINS constante na Cláusula primeira e §1º, deve-se aplicar para efeito do cálculo do ICMS substituto o percentual de MVA, constante nos anexos I e II, do Convênio nº 37/00, ou seja, o percentual de 23,28% para o álcool hidratado. Na impossibilidade de aplicação desses percentuais na formação dos preços de venda por qualquer motivo, prevalecerão os percentuais de MVA anterior, ou seja o estabelecido no Convênio nº 003/99, que é de 31,69%, conforme descrito:

CONVÊNIO Nº 37/00

Cláusula primeira Para efeito do disposto nos incisos I e II do §1º da **cláusula terceira** do *Convênio ICMS 03/99*, de 16 de abril de 1999, aplicar-se-ão os percentuais constantes nos Anexos I e II do presente convênio, na hipótese da refinaria de petróleo ou suas bases praticarem **preço em que são consideradas no seu cálculo as seguintes alíquotas da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS, respectivamente:**

I - dois inteiros e sete décimos por cento e doze inteiros e quarenta e cinco centésimos por cento, quando se tratar de gasolinas, exceto gasolina de aviação;

II - dois inteiros e vinte e três centésimos por cento e dez inteiros e vinte e nove centésimos por cento, quando se tratar de óleo diesel;

III - dois inteiros e cinquenta e seis centésimos por cento e onze inteiros e oitenta e quatro centésimos por cento, quando se tratar de gás liquefeito de petróleo - GLP.

§ 1º O disposto no caput aplica-se, também, na hipótese da distribuidora de álcool para fins carburantes, como tal definida e autorizada pelo órgão federal competente, 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.

§ 2º revogado;

§ 3º 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

O autuado utilizou-se, do percentual de 23,28% de MVA para o cálculo do ICMS antecipado do período compreendido entre 01 de julho de 2000 a 05 de julho de 2002, estabelecido pelo Convênio nº 37/00, mas não comprovou e restou provado nos autos (folhas 14 a 18), a não inclusão do PIS e COFINS na base de cálculo do ICMS,

VOTO

As nulidades suscitadas pelo autuado não devem prosperar, tendo em vista que o Auto de Infração está revestido das formalidades legais aplicáveis ao caso, não se verificando qualquer erro ou vício que possa determinar sua nulidade.

O autuado teve todas as condições para demonstrar e comprovar suas alegações, de que inseriu as contribuições para o PIS e COFINS, no período de 01 de julho de 2000 a 05 de julho de 2002, na base de cálculo do ICMS, mas não o fez.

Não apresentou no presente Recurso qualquer fato novo que subsidiasse e modificasse o entendimento deste relator.

Quanto ao pedido de perícia, entendemos não caber, tendo em vista que os demonstrativos e dados acostados aos autos são consistentes e de perfeito conhecimento do autuado, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, não impossibilitando desta forma, o contraditório e a ampla defesa do autuado.

Ficou provado nos autos a não observância, e aplicação do disposto no §1º da cláusula primeira do Convênio nº 37/00, restando aos autuantes invocar o disposto no §3º do mesmo Convênio, aplicando as penalidades previstas por descumprimento ao disposto nos arts. 23 e 512-B do Regulamento do ICMS aprovado pelo Decreto nº 6284/97.

Pelo exposto voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232962.0013/05-0**, lavrado contra **SHELL BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$23.947,73**, sendo R\$4.022,27, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$19.925,46, acrescido da mesma multa, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de abril de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

GILBERTO FREIRE LEAL FILHO – RELATOR

JORGE SALOMÃO OLIVEIRA DOS SANTOS –REPRES. PGE/PROFIS