

A. I. N° - 232962.0013/05-0
AUTUADO - SHELL BRASIL LTDA.
AUTUANTE - MARIA CONCEIÇÃO A. DOS SANTOS e JOSÉ ALBERTO MENDONÇA LIMA
ORIGEM - INFRAZ ILHÉUS
INTERNET - 30/01/2006

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0003-05/06

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. BASE DE CÁLCULO. RETENÇÃO A MENOS, NA QUALIDADE DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. OPERAÇÕES INTERNAS SUBSEQUENTES DE ÁLCOOL 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. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/09/2005, 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 vendas de combustíveis e lubrificantes 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. 21 a 32, através de seu representante legalmente constituído, apresenta defesa 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 CONFINS na base de cálculo do imposto.

No mérito, inicialmente esclarece que embora o período fiscalizado englobe notas fiscais emitidas entre janeiro/00 a dezembro/02, o fisco só detectou 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 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 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 CONFINS 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 CONFINS 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 CONFINS 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.

Os autuantes, às fls. 58/59, em informação fiscal relatam que 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, uma MVA de 23,28% sobre o preço faturado, ao invés de 31,69% que seria o correto, considerando que a partir daquela data deixou de ser incluído o PIS/CONFINS na base de cálculo para a antecipação tributária, conforme determinado no Convênio 37/00. Acrescentam que caso o autuado houvesse incluído as contribuições mencionadas, a MVA seria de 23,28%, ou seja, a que foi aplicada pelo contribuinte.

Quanto à alegação defensiva de que o PIS e o CONFINS não são repassados ao destinatário da mercadoria via destaque na nota fiscal, dizem que o contribuinte mostra-se equivocado na afirmação, pois até 30 de junho de 2000 as parcelas vinham destacadas na nota fiscal de venda, embora não fosse acrescentado à base de cálculo do imposto a ser substituído, conforme demonstrativo anexo ao auto de infração (fls. 14 a 18). Acrescentam que o art. 512-B, do RICMS/97 determina a inclusão de todo e qualquer encargo transferível ou cobrado do destinatário, adicionado do valor resultante da aplicação da margem de valor agregado (MVA), estabelecido em 31,69% no período de 01.01.1997 a 30.06.2000, nas operações internas (anexo I do Convênio ICMS 03/99). Expõem que a partir de 01.07.2000 até 04.07.2002, o Convênio nº 37/00 estabeleceu a aplicação de uma MVA de 23,28%, caso a distribuidora praticasse valores considerando no seu cálculo as alíquotas de contribuição para o PIS/PASEP e da CONFINS, mas que o autuado deixou de agir assim a partir de 04.07.2000 (fl. 8). Neste caso afirmam que a aplicação da MVA prevista era a anterior, isto é, 31,69% até 04.07.2002, quando passou para 38,10% (Convênio ICMS 91/02) com vigência até 24.12.02 e, por último, 37,97% para o restante do período (anexo X do Convênio ICMS 140/02).

Informam, ainda, que os períodos que não estão sendo considerados na presente autuação, mas onde foram detectadas irregularidades, serão objetos de novo procedimento fiscal.

Ressaltam que o fato de ter inserido na planilha anexa ao auto de infração toda a movimentação de venda de AHCC nos exercícios de 2000 a 2002 teve a intenção de demonstrar que o contribuinte deixou de considerar a inclusão das parcelas do PIS e da CONFINS na base de cálculo do ICMS a ser substituído, bem como deixou de incorporar as parcelas ao preço do produto a partir do mês de julho de 2000.

Dizem que da parte da auditoria fiscal não existe nenhuma dúvida sobre o abandono das parcelas nos preços praticados a partir de julho de 2000 por parte do autuado, e apresentam demonstrativo abaixo, levantando vendas feitas no mês de junho e no mês de julho para o mesmo comprador, visando comprovar sua afirmação:

CNPJ 13.022.199/0001-09

NF 17628 de 01.06.00 - 5.000lts de AHCC - R\$3.879,00 NF 17908 de 04.07.00 - 5.000lts de AHCC - R\$3.872,00 Variação: (-) 0,002%

CNPJ 15.021.132/0001-77

NF 17640 de 02.06.00 - 5.000lts de AHCC - R\$4.012,00 NF 17913 de 04.07.00 - 5.000lts de AHCC - R\$4.285,00 Variação: (+) 6,804%

CNPJ 86.742.665/0001-96

NF 17761 de 16.06.00 - 5.000lts de AHCC - R\$4.048,00 NF 17918 de 05.07.00 - 5.000lts de AHCC - R\$4.700,00 Variação: (+) 16,107%

Por fim, esclarecem que a gasolina sofreu um reajuste na ordem de 19,22% a partir de 01.07.00 (Port. MP/MME 199/00) e 14,99% a partir de 15.07.00 (Port. MP/MME 212/00), cujo produto é referência para o reajuste do álcool hidratado, mantendo a autuação na íntegra.

VOTO

Inicialmente rejeito as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado, haja vista que o Auto de Infração está revestido das formalidades legais, não se observando erro ou vício que possa decretar a sua nulidade, de acordo com o que dispõe o art. 18, do RPAF/99.

Os elementos constitutivos do PAF descrevem de forma satisfatória a situação verificada, sendo possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, não havendo do que se falar em cerceamento de defesa, haja vista, inclusive, que no prazo legal o autuado manifestou-se, demonstrando ter ciência da exigência fiscal.

Vale ainda ressaltar, que o demonstrativo anexado ao Auto de Infração pelos autuantes (fls. 14 a 18), do qual o autuado tomou ciência, indica os valores das notas fiscais que foram objeto de cobrança, os percentuais da MVA utilizados, bem como os períodos a que se referiram as operações.

Quanto ao pedido de perícia formulado pelo impugnante, fica também negado, já que os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação de minha convicção, e ainda com base no que estabelece o artigo 147, inciso I, "b", e II, "a", do mesmo diploma legal acima citado.

No mérito, a autuação diz respeito a recolhimento a menos, nas operações internas subsequentes, nas vendas de álcool hidratado, pela não inclusão do PIS/COFINS.

O art. 8º, II, "b", da Lei Complementar nº 87/96, repetido na Lei Ordinária do Estado da Bahia - Lei nº 7.014/96, no seu art. 23, II, "b", dispõe, conforme abaixo:

Art. 23. Para fins de substituição tributária, inclusive a título de antecipação, a base de cálculo é:

(...)

Inciso II – em relação às operações ou prestações subsequentes, a obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

(...)

b) o montante dos valores de seguro, frete, IPI e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço

Ademais, o art. 512-B, do RICMS/97 determina a inclusão de todo e qualquer encargo transferível ou cobrado do destinatário, adicionado do valor resultante da aplicação da margem de valor agregado (MVA), estabelecido em 31,69% no período de 01.01.1997 a 30.06.2000, nas operações internas (anexo I do Convênio ICMS 03/99), e de 23,28% a partir de 01.07.2000 até 04.07.2002, (Convênio 37/00), caso a distribuidora praticasse valores considerando no seu cálculo as alíquotas de contribuição para o PIS/PASEP e da CONFINS.

No entanto, da análise dos elementos constitutivos do PAF, verifico que o autuado deixou de incluir as contribuições acima mencionadas, na base de cálculo do imposto, a partir de 04.07.2000 (fl. 8). Nessas circunstâncias, a aplicação da MVA deveria ser a anterior, ou seja, 31,69% até 04.07.2002, quando passou para 38,10% com as alterações promovidas pelo Convênio ICMS 91/02.

Ressalto que caso o autuado houvesse incluído as contribuições mencionadas, a MVA seria de 23,28%, ou seja, a que foi efetivamente aplicada pelo contribuinte.

Apesar do autuado ter alegado que incluiu o PIS e a CONFINS na base de cálculo do imposto no período questionado, dizendo que os valores pagos a título das contribuições acima mencionadas já estavam incluídos no preço da venda, não acostou ao processo qualquer documento que pudesse comprovar sua afirmação. Pelo que dispõe o art. 142, do RPAF/99, a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa em presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Por outro lado, os autuantes inseriram em planilha anexada ao Auto de Infração toda a movimentação de venda de AHCC nos exercícios de 2000 a 2002, bem como levantaram as vendas feitas pelo autuado no mês de junho e no mês de julho para o mesmo comprador, demonstrando que o contribuinte deixou de considerar a inclusão das parcelas do PIS e da CONFINS na base de cálculo do ICMS a ser substituído no período em exame.

Portanto, entendo que restou comprovado que o autuado 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, uma MVA de 23,28% sobre o preço faturado, ao invés de 31,69% que seria o correto, considerando que deixou de incluir o PIS/CONFINS na base de cálculo para a antecipação tributária.

De tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 232962.0013/05-0, lavrado contra **SHELL BRASIL LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$23.947,73**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de janeiro de 2006.

MÔNICA MARIA ROTERS - PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - RELATOR

CLÁUDIO MEIRELLES MATTOS - JULGADOR