

PROCESSO - A. I. Nº 207351.0003/06-7
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - CHEVRON BRASIL LTDA. (TEXACO)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JFJ nº 0117-01/07
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 18/09/2007

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJE Nº 0294-11/07

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. DIFERENÇAS DE SAÍDAS. **a)** FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. A lei atribui ao atacadista distribuidor a condição de sujeito passivo por substituição, relativamente ao imposto a ser retido nas operações de saídas que efetuar, para fins de antecipação do tributo referente às operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes. Infração parcialmente subsistente, após análises das provas documentais trazidas aos autos. **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DAS PRÓPRIAS OPERAÇÕES. Tal diferença constitui comprovação da realização de operações sem emissão de documento fiscal exigível e, conseqüentemente, sem o recolhimento do imposto devido, relativo às operações efetuadas sem emissão de documentos fiscais. Comprovada parcialmente a infração, após análises das provas documentais trazidas aos autos. **Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso de Ofício, previsto no art. 169, I, “a-1”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pela 1ª JFJ, através do Acórdão nº 0117-01/07, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração exige o ICMS no montante de R\$107.378,65, decorrente das seguintes irregularidades:

1. Retenção e recolhimento a menor do ICMS, no valor de R\$30.616,86, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas de álcool etílico hidratado carburante para contribuintes localizados neste Estado, inerente aos meses de janeiro de 2001 a dezembro de 2004;
2. Falta de retenção e o conseqüente recolhimento do ICMS, no montante de R\$21.125,21, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de álcool etílico hidratado carburante (AEHC), efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, nos exercícios de 2003 e 2004;
3. Falta de recolhimento do imposto, no montante de R\$55.636,58, relativo às operações de saídas de álcool etílico hidratado carburante (AEHC), efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, nos exercícios de 2003 e 2004.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$40.909,65, após rejeitar as preliminares de nulidade e de decadência, diante dos seguintes entendimentos:

QUANTO À INFRAÇÃO 1: observa que diz respeito à retenção e ao recolhimento a menos do ICMS relativo às operações internas e subsequentes, nas vendas de álcool etílico hidratado carburante, pela não inclusão do PIS/COFINS.

Salienta que, apesar do autuado ter alegado que incluiu o PIS e a COFINS na base de cálculo do imposto no período questionado, dizendo que os valores pagos a título das citadas contribuições já estavam incluídos no preço da venda, não acostou ao processo qualquer documento que pudesse comprovar sua afirmação. Por outro lado, aduz que o autuante inseriu em planilha toda a movimentação da venda de AEHC nos exercícios de 2001 a 2004, demonstrando que o contribuinte deixou de considerar a inclusão das parcelas do PIS e da COFINS na base de cálculo do ICMS discutido.

Assim, diante do art. 23, II, “b” da Lei nº. 7.014/96 e do art. 512-B, § 1º, I (redação de 05/07/02 a 24/12/02) e 512-B, § 1º, III (redação a partir de 25/12/02), do RICMS/97, resta claro e expresso que deve ser incluído na base de cálculo da substituição tributária o valor dos encargos a título de PIS/COFINS. Cita Acórdão CJF nº. 0007-11/06, prolatado pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, a qual se pronunciou em relação a processo sobre o mesmo teor da matéria, tendo mantido o mesmo entendimento.

Conclui que, restando comprovado que o autuado comercializou álcool etílico hidratado carburante, aplicando para efeito de cálculo da substituição tributária, uma MVA de 23,28% sobre o preço faturado, ao invés de 31,69% no período de 01/01/2001 a 04/07/2002, de 38,10% no período de 05/07/2002 a 24/12/2002 e de 37,97% de 25/12/2002 a 31/12/2004, que seriam as corretas, considerando que deixou de incluir o PIS/COFINS na base de cálculo para a antecipação tributária, mantém integralmente a infração 1.

NO QUE SE REFERE À INFRAÇÃO 2: observa a JJF que tendo acatado as notas fiscais canceladas e aquelas referentes a simples remessas, além dos demonstrativos acostados pelo impugnante em sua peça defensiva, o autuante, de forma acertada, refez o levantamento quantitativo correspondente, tendo, em relação ao exercício de 2003, resultado uma redução na omissão de saídas de 56.066 litros de AEHC para 26.066 litros, acarretando numa redução do valor exigido de R\$6.092,70 para R\$2.832,60.

Já no exercício de 2004 ocorreu uma inversão dos resultados inicialmente apurados, sendo detectada uma omissão de entradas de 7.028 litros, quando o levantamento original apontara uma omissão de saída de 121.183 litros. Assim, conclui que, como se trata de produto enquadrado na substituição tributária, não cabe a figura da presunção de omissão de saídas anteriores, o que resultou na inaplicabilidade de qualquer cobrança em relação a esse exercício. Deste modo, a infração 2 restou parcialmente procedente, no valor de R\$2.832,60, referente ao exercício de 2003.

NO TOCANTE À INFRAÇÃO 3: Do resultado da análise procedida pelo autuante nos documentos fiscais acostados pelo contribuinte gerou um novo demonstrativo correspondente a este item, que redundou em novos valores, acatado pela JJF em relação ao exercício de 2003, resultando na redução no quantitativo da omissão de saídas e do débito inicialmente apurado de R\$16.046,09 para R\$ 7.460,19.

Contudo, discorda da sugestão de aplicação da multa de 5% sobre o montante correspondente à omissão de entrada decorrente da recomposição do levantamento de estoque, no exercício de 2004, por considerar que esse procedimento resultaria numa mudança do fulcro da autuação. Assim, mantém parcialmente a infração 3, no valor de R\$7.460,19, correspondente ao exercício de 2003.

A JJF recorre de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, conforme legislação.

À fl. 672 dos autos, o sujeito passivo foi cientificado que o seu Recurso Voluntário foi considerado intempestivo.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida exonerado o sujeito passivo parcialmente do débito relativo às infrações 2 e 3 do Auto de Infração, as quais exigem, respectivamente, a falta de retenção do ICMS, no montante de R\$21.125,21, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas subseqüentes, como também a falta de

recolhimento do imposto, no montante de R\$55.636,58, relativo às próprias operações de saídas, sendo ambos os casos relativos ao álcool etílico hidratado carburante (AEHC), apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, nos exercícios de 2003 e 2004.

Em relação ao exercício de 2003, a Decisão recorrida foi pela subsistência parcial de ambas as infrações, após análises das provas documentais trazidas aos autos pelo sujeito passivo, o que resultou numa redução da falta de retenção do ICMS exigido de R\$6.092,70 para R\$2.832,60, relativa à infração 2, e da falta de recolhimento do ICMS normal de R\$16.046,09 para R\$7.460,19, inerente à infração 3, do que concordo plenamente.

Quanto ao exercício de 2004, por se constatar uma inversão da omissão de saídas originalmente apurada de 121.183 litros para uma omissão de entradas de 7.028 litros de AEHC, entendeu a JJF que não cabe a figura da presunção de omissão de saídas anteriores, concluindo pela inaplicabilidade de qualquer cobrança em relação a esse exercício.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício para manter inalterada a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207351.0003/06-7**, lavrado contra **CHEVRON BRASIL LTDA. (TEXACO)**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$40.909,65**, acrescido das multas de 60% sobre R\$33.449,46 e 70% sobre R\$7.460,19, previstas, respectivamente, no art. 42, II, “e”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de agosto de 2007.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

ANA CAROLINA ISABELLA MOREIRA - REPR. DA PGE/PROFIS