

PROCESSO - A.I. N º 206923.0900/01-0
RECORRENTE - PETROBRAS DISTRIBUIDORA S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0034-03/02
ORIGEM - INFRAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 12.06.02

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0185-11/02

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO A MENOS DO IMPOSTO DEVIDO, NA QUALIDADE DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO, RELATIVO ÀS OPERAÇÕES SUBSEQUENTES, NAS VENDAS REALIZADAS PARA CONTRIBUINTES LOCALIZADOS NO ESTADO DA BAHIA. O autuado é o contribuinte substituto para a obrigação do recolhimento do imposto em questão, definido através de Protocolo entre os estados envolvidos na operação, sendo que a retenção deve ser feita com base no preço bomba da cidade para onde o produto foi transportado. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, foi lavrado em 28/09/01, no valor de R\$ 215.258,61, em virtude do autuado ter procedido a retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de óleo diesel realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

O autuado, em sua impugnação de fls. 14 a 18 do PAF, preliminarmente diz que o enquadramento legal feito pelos autuantes não prospera, pois considera que não existe regulamentação específica para ser aplicada a venda de óleo diesel a Transportadora Revendedora Retalhista (TRR), e consequentemente a utilizar o preço bomba dessa ou daquela localidade. Transcreve algumas cláusulas do Convênio 105/92, aduzindo que a mencionada disposição é aplicada somente para venda a Postos Revendedores (PRs).

No mérito, expõe que o preço presumido do combustível, na falta de regulamentação específica quando se trata de TRR, é o menor preço bomba do Estado, dizendo que no caso em questão, é o praticado na cidade de Salvador(BA), já que vendendo para uma TRR, a Petrobras Distribuidora não sabe quem é o consumidor final, ou seja, onde o produto questionado será vendido. Acrescenta que a modalidade da operação é FOB, o que lhe impossibilita de fazer a retenção devida com base no preço bomba da cidade para onde o produto foi transportado. Ao final, dizendo que não pode ser penalizado por desídia dos TRRs com quem opera, que são livres para comercializar o produto adquirido onde lhes convier, pede a improcedência do Auto de Infração.

Os autuantes, em informação fiscal (fls.133 a 136), mantêm o Auto de Infração, inicialmente dizendo que não lhes compete a apreciação de constitucionalidade.

No mérito, transcreve algumas manifestações de famosos tributaristas, bem como a cláusula segunda do Convênio nº 81/93, com o intuito de corroborar a tese de que o contribuinte substituto (remetente) exclui o substituído (destinatário), no que diz respeito à obrigação tributária principal,

no que se refere à retenção e recolhimento do imposto. Aduzem que o Convênio nº 105/92 estabelece que os Estados, quando destinatários, ficam autorizados a atribuir aos remetentes de outras unidades da Federação, a condição de substitutos tributários, relativamente ao imposto incidente sobre as operações com o produto em lide, a partir das operações que os remetentes estiverem realizando, até a última, assegurando o seu recolhimento à Unidade Federada onde estiver localizado o adquirente. Ao final, dizendo que o autuado, na venda para seu cliente Terra Ronca Pet. Ltda, localizado em Correntina (BA), não vem utilizando o preço máximo de venda estabelecido para o diesel nesse município, pedem a procedência do Auto de Infração.

VOTO DO RELATOR DA 3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL NA DECISÃO RECORRIDA

“Inicialmente rejeito a preliminar de nulidade requerida, considerando que a previsão para aplicação da substituição tributária encontra-se devidamente regulamentada por lei complementar, e através do Protocolo ICMS nº 21/91 combinado com o Convênio ICMS nº 81/93, firmado entre os estados envolvidos na operação. Ademais, pelo que dispõe o art. 167, inciso I, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de constitucionalidade.

No mérito, o próprio sujeito passivo, remetente do produto em lide, reconhece que não fez a retenção com base no preço bomba da cidade para onde o produto foi transportado, alegando que não existe regulamentação específica para ser aplicada à venda de óleo diesel a Transportadora Revendedora Retalhista.

No entanto, o Convênio nº 105/92 estabelece que os Estados, quando destinatários, ficam autorizados a atribuir aos remetentes de outras unidades da Federação, a condição de substitutos tributários, relativamente ao imposto incidente sobre as operações com o produto em lide, a partir das operações que os remetentes estiverem realizando, até a última, assegurando o seu recolhimento à Unidade Federada onde estiver localizado o adquirente.

Portanto, entendo que o autuado não obedeceu aos ditames do art. 512-B, II, ”b”, do RICMS/97, pois ao antecipar o imposto com base no preço praticado na cidade de Salvador(BA), quando o produto era destinado a cidade de Correntina(BA), efetuou a antecipação em valor menor do que o realmente era devido ao Estado da Bahia, de acordo com os demonstrativos de fls. 50 a 79.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

RECURSO VOLUNTÁRIO

Devidamente intimada a tomar ciência do resultado do julgamento que exarou o Acórdão recorrido pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, a empresa retorna aos autos sustentando o argumento de que não há na legislação previsão legal que embase a autuação, ou seja, o procedimento adotado pelo recorrente, tido como infração, não é contrário à lei. Ademais, a prevalecer a Decisão ora atacada estará esse Egrégio Conselho permitindo aplicar o tributo cumulativamente, violando assim a Carta Magna Federal, art. 155, § 2º, I.

Diz que o fundamento do Fisco Estadual, foi que a empresa contribuinte infringiu ao disposto no Convênio ICMS nº 105/92, Cláusulas Segunda, terceira e Quarta, e alterações posteriores, combinado com o Decreto nº 1.855/92, estando sujeita à multa prevista no art. 42, II, alínea “e”, da Lei nº

7.014/96, o que não pode prosperar ante a ilegalidade de tal fundamentação, como demonstra a seguir:

O recorrente, na condição de substituto tributário do fisco estadual, não pode ser penalizado pela não realização total do fato gerador presumido, considerando que como substituto *ele aplica o preço presumido de venda final do combustível, servindo este de base de cálculo para a apuração do ICMS sobre a operação.*

Com base no acima exposto, sustenta a impertinência da autuação assim como a ilegitimidade passiva do autuado para figurar na presente autuação.

Diz que o preço presumido do combustível utilizado, na falta de regulamentação específica quando se trata de TRR (Transportadora Revendedora Retalhista), é *o menor preço bomba do Estado, que, no caso em questão, é o praticado na cidade de Salvador – Ba.*

O fisco sabe muito bem que não existe regulamentação específica para se aplicar a venda de óleo diesel a TRRs, não sendo obrigada a Distribuidora, no caso, o recorrente, a utilizar o preço bomba dessa ou daquela localidade.

Afirma que sem exigência legal, não é irregular ou ilícita a arrecadação pelo preço bomba do município que o faz a menor (transcreve o Convênio nº 105/92, Cláusula Segunda, § 1º, inciso II e Cláusulas Terceira e Quarta), no intuito de substanciar seus fundamentos recursais.

Diz que as disposições contidas no Convênio nº 105/92 transcritas, é aplicada a *Postos Revendedores (PRs)*, o que não é o caso, pois a venda em questão foi destinada ao TRR TERRA RONCA LTDA, não havendo disposição expressa na legislação para esse caso. Por isso é que merece reforma a Decisão.

Informa que quando vende a uma TRR, o recorrente não sabe quem é o consumidor final, ou seja, onde o produto – óleo diesel – será vendido, daí porque adota o procedimento esposado no Convênio nº 105/92.

Aduz que tal procedimento se justifica até porque a modalidade da operação é FOB, impossibilitando que o recorrente faça a retenção devida com base no preço bomba da cidade para onde o produto foi transportado, como quer o Fisco, sem nenhuma base legal.

Afirma que nenhum desses pontos foram considerados pela Decisão atacada. Pelo que mais uma vez merece inteira reforma.

Conclui esperando que sejam acolhidas as presentes razões para declarar o recorrente parte ilegítima para figurar no polo passivo a presente autuação, ou, na pior das hipóteses, caso, por absurdo, *data-venia*, ultrapasse tal arguição, que seja reformada a Decisão atacada diante da sua ilegalidade e improcedência, por ser especial medida de *JUSTIÇA*.

A PROFAZ forneceu Parecer de fl. 160, nos seguintes termos:

“O Recurso voluntário interposto pelo autuado contra a Decisão da 3^a Junta de Julgamento Fiscal traz os mesmos argumentos já analisados e decididos no julgamento de 1^a Instância. A alegação de

que não há previsão legal para o preço a ser praticado e que a legislação só trata de Postos Revendedores e não de Transportadoras Revendedoras Retalhistas é no mínimo hilária e não tem o poder de excluir a responsabilidade pela retenção do ICMS como pretende o autuado.

Por fim, o que fica efetivamente evidenciado é o intuito de retardar o julgamento da lide na esfera administrativa, o que denota o caráter procrastinatório do Recurso em análise. Enfim, em que pese o fato de o Recurso voluntário devolver a matéria, em sua totalidade, à apreciação desse Conselho, as razões oferecidas pelo recorrente são inócuas, inaptas para proporcionar a modificação do julgamento. Por esse motivo, entendemos que não deve ser provido o Recurso”.

VOTO

Dado ao exame e análise dos documentos e principalmente da peça recursal que fazem parte destes autos, constatei que todas as argüições trazidas à lide pela empresa em seu Recurso foram devidamente analisadas pela 1^a Instância, que proferiu com propriedade o Acórdão exarado pela 3^a Junta de Julgamento Fiscal nº 0034-03/02 pela Procedência do feito.

Ratifico com este voto o Parecer exarado pela Douta PROFAZ, dado ao acerto dos seus fundamentos, à exceção da citação de procrastinação.

Assim, concedo o meu voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto, para manter integralmente a Decisão Recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a 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 206923.0900/01-0, lavrado contra PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 215.258,61, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de maio de 2002.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

NELSON TEIXEIRA BRANDÃO – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR. DA PROFAZ