

A. I. N° - 206844.0112/01-0
AUTUADO - ESSO BRASILEIRA DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTES - JOÃO LAURENTINO MAGALHÃES FILHO e MARCO ANTONIO SOUZA FORTES
ORIGEM - INF AZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 16. 04. 2002

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0118-04/02

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA COMBUSTÍVEIS. OPERAÇÃO DE SAÍDA DE ESTABELECIMENTO DISTRIBUIDOR. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. RETENÇÃO A MENOS DO IMPOSTO. Infração não caracterizada. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide reclama o pagamento do ICMS no valor de R\$15.952,26, mais multa de 60%, que foi retido a menos quando das saídas de álcool combustível, em virtude da não inclusão, na base de cálculo, das parcelas debitadas ao adquirente, referente ao PIS e COFINS retido na fonte, no período 03/97 a 06/00.

O autuado contesta tempestivamente o lançamento (fl. 148), alegando que os Convênios ICMS 105/92 e 03/99 não estabelecem a obrigação da inclusão das parcelas do PIS e COFINS devidos quando da revenda, na base de cálculo da substituição tributária do ICMS, até porque a mesma é presumida e fixada pelo próprio poder público. Após analisar dispositivos da Constituição Federal, da Lei Complementar 87/96 e o parágrafo primeiro da cláusula segunda, do convênio ICMS 105/92, conclui que a inclusão das contribuições objeto da lide, na base de cálculo do ICMS-ST, não está expressamente determinada uma vez que a terminologia “contribuições” não está inclusa na legislação. Para fundamentar o seu entendimento transcreve a nova redação do parágrafo primeiro, da cláusula segunda, do Convênio ICMS 3/99, alterada pelo convênio ICMS 138/01, com a determinação da inclusão das contribuições para o PIS e COFINS na base de cálculo, a partir da sua vigência. Pede, em conclusão, o julgamento pela improcedência e o arquivamento do presente Auto de Infração.

Os autuantes prestam Informação Fiscal (fl. 163), externando o entendimento de que as parcelas de PIS/COFINS representam despesas acessórias debitadas ao adquirente e, por isso, devem compor a base de cálculo do ICMS.

VOTO

O que motivou a presente exigência foi a falta de inclusão, na base de cálculo do ICMS-ST, das parcelas correspondentes às contribuições para o PIS e para a COFINS, que foram cobradas pelo remetente, antecipadamente, dos adquirentes dos produtos, conforme determina a legislação federal pertinente à matéria. No entendimento dos autuantes, aqueles valores, por representarem parcelas debitadas aos adquirentes, devem ser inclusos na base de cálculo para efeito da retenção do ICMS por substituição tributária. O autuado entende que aquelas parcelas não podem ser inclusas na base de cálculo porque não há expressa determinação legal neste sentido.

O Artigo 512 do RICMS/97, em seu § 4º, II, previa que assim deveria ser determinada a base de cálculo, nas saídas de álcool hidratado:

II - não havendo a fixação do preço máximo ou único de venda a consumidor pela autoridade federal competente, a base de cálculo é o montante formado pelo preço estabelecido pela autoridade federal competente para o estabelecimento remetente, ou, no caso de não existir este preço, o valor da operação, acrescido, em ambos os casos, do valor de todo e qualquer encargo transferível ou cobrado ao destinatário, adicionados, ainda, do valor resultante da aplicação dos seguintes percentuais de margem de valor adicionado (MVA), ressalvado o disposto nos incisos V a VII deste parágrafo (Conv. ICMS 31/97).

Com a revogação do artigo 512, a determinação da base de cálculo passou a ser dada pelo Artigo 512-B, IV, conforme:

IV - nas operações com álcool hidratado combustível, 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):

Tomando a legislação “ao pé da letra”, fica a impressão de que as parcelas relativas às contribuições integrariam a base de cálculo como “*todo e qualquer encargo transferível ou cobrado ao destinatário*” ou “*outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário*”. A Lei Complementar 87/96, no seu artigo 13, § 1º, II, “a”, assim determina os valores que devem integrar a base de cálculo:

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto:

.....

II - o valor correspondente a:

a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição

Quando Lei Complementar 87/96 começou a vigor, a legislação federal ainda não determinava a cobrança, antecipadamente, das contribuições para o PIS e COFINS, razão da omissão do texto sobre a matéria.

Embora o texto deixe dúvida sobre a consideração ou não das contribuições na base de cálculo, o meu entendimento é o seguinte:

1. As contribuições não podem ser caracterizadas como importâncias pagas ou debitadas, porque não são referentes à operação e, sim, a valores que poderão ser devidos em momento posterior, caso outras operações sejam realizadas com a mercadoria.
2. As contribuições não representam custo das operações até o momento de sua realização. A base de cálculo deve ser fixada com a determinação do custo das operações até o momento em que o imposto é devido. No caso da substituição tributária, o que se deve agregar aos demais custos, inexistindo o preço máximo fixado ou sugerido para venda a consumidor é a MVA estabelecida, para que projetado o preço final.
3. Não posso entender que, para fixar a base de cálculo para efeitos de retenção do imposto na fonte fique-se a especular que custos mais poderão ser agregados posteriormente, como no presente caso.
4. Por outro lado, se não houvesse a retenção das contribuições por antecipação, nem se cogitaria a sua inclusão na base de cálculo.

5. Ademais, a inclusão de tais parcelas criaria critérios diferentes para fixação da base de cálculo, entre as mercadorias objeto da lide e as demais incluídas no regime de substituição tributária.
6. Em favor do meu raciocínio está a determinação de exclusão da base de cálculo do imposto das parcelas relativamente a tais contribuições, quando da realização de operações com medicamentos, perfumes, produtos de beleza, e outros, que também as devem pagar antecipadamente, ditada pelo convênio ICMS 24/01 e recepcionado pela legislação estadual através da alteração 25 ao RICMS, através do Decreto 7983/01, que inseriu no citado regulamento o Inciso XIII ao artigo 87.

O meu entendimento é compartilhado pelo Auditor Fiscal Olavo Oliva, grande conhecedor do tema substituição tributária, instrutor da SEFAZ na área, que me ensinou a ter o seguinte raciocínio: “se o produto não estivesse na substituição tributária, no momento da venda, que parcelas integrariam a base de cálculo?. Certamente não integrariam: a MVA e as parcelas relativamente às contribuições para o PIS e para a COFINS, responde.

Por tais motivos, considero que o entendimento dos ilustres autuantes está equivocado e que a presente exigência não pode prosperar.

O meu voto é pela IMPROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206844.0112/01-0, lavrado contra **ESSO BRASILEIRA DE PETRÓLEO LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de abril de 2002

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE

ANSELMO LEITE BRUM - RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR