

A. I. Nº - 03606010/97

AUTUADO - PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A.

AUTUANTES - ROBERTO ARAÚJO MAGALHÃES e MARIA IRACI BARROS DE SÁ TELES

ORIGEM - INFRAZ BARREIRAS

INTERNET - 05/06/2002

### 3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0183-03/02

**EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. IMPOSTO RETIDO A MENOS.** Cabe ao autuado, na condição de distribuidor, o recolhimento da diferença entre o preço máximo de venda a varejo fixado pela autoridade federal competente para o município destinatário consumidor e o menor preço máximo de venda a consumidor fixado para o Estado da Bahia pela autoridade federal competente, conforme esclarece os §§ 1º e 4º do Artigo 512 do RICMS/96 e 97. Não acolhida a preliminar de nulidade. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente comprovada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

### RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 01.12.97, exige ICMS no valor de R\$ 32.944,65, acrescido da multa de 60%, sob a acusação de recolhimento a menor do ICMS por substituição tributária quando das vendas de óleo diesel para revendedores varejistas no Estado da Bahia, código fiscal da operação 5.12.

O autuado defende-se, tempestivamente, fls.125 a 134, sob o argumento de que não é sua a responsabilidade de recolher o imposto por substituição ou antecipação nas vendas de óleo diesel neste Estado, alegando que a sua responsabilidade ocorre quando existe diferença do imposto pelo fato do industrial ter retido a menos nas operações com óleo diesel, fato que não é mencionado pelo autuante, razão pela qual requer nulidade do auto de infração.

Argüi, ainda, a inconstitucionalidade da base de cálculo estabelecida pelos §§ 1º e 4º do art. 512 do RICMS/96 e 97, tendo em vista a inexistência de Lei ou Convênio que a preveja.

A defesa contesta a multa de 60%, prevista no artigo 915 do RICMS, sobre o valor do imposto, alegando que não houve erro na aplicação da alíquota nem na determinação da base de cálculo.

O autuado requer a nulidade por cerceamento da defesa, tendo em vista a imprecisão na autuação e a improcedência pelos demais motivos expostos.

Requer, por último, diligência a fim de apurar a correta base de cálculo com o valor bomba/cliente.

O autuante, em sua informação fiscal, fls.180 a 182, rebate cada uma das argüições da defesa esclarecendo que cabe ao distribuidor o recolhimento da diferença entre o preço máximo de venda a varejo fixado pela autoridade federal competente para o município destinatário

consumidor e o menor preço máximo de venda a consumidor fixado para o Estado da Bahia pela autoridade federal competente, conforme esclarecem os §§ 1º e 4º do Artigo 512 do RICMS.

Esclarece, ainda, que os preços finais a consumidor foram obtidos pela fiscalização nas próprias notas fiscais do contribuinte autuado, que menciona tal preço de bomba na própria nota fiscal.

Informa que a Portaria número 30/94 do DNC determina o preço máximo de venda a consumidor com 03 dígitos e que a fiscalização contesta apenas o valor correspondente ao menor preço máximo a consumidor final para o Estado da Bahia, fixado pela autoridade competente que é considerado pela fiscalização o contido no anexo 2 do processo e no Termo de Encerramento, não entendendo necessária a revisão solicitada pelo autuado.

Diligente da ASTEC, atendendo determinação do Coordenador da ASTEC, apresenta às fls. 190 a 238 um novo demonstrativo onde recalcoulou, nota a nota, todo o valor do ICMS a recolher, com a exclusão de notas fiscais que relaciona na letra “f” do seu relatório. Apresenta sinteticamente, o valor mensal do ICMS a recolher, que perfaz o total de R\$23.775,93.

A 3ª JJF, julgou o PAF em 15 de março de 2000, Acórdão 627/00, sob o entendimento de “... inclusive com base na diligência realizada às fls. 188 e 189 do PAF, que a autuada efetuou o recolhimento do ICMS antecipado a menor, tendo em vista o que dispõe os §§ 1º e 4º do Art. 512 do RICMS/96 e 97. Uma vez que lhe cabia o recolhimento da diferença entre o preço máximo de venda a varejo fixado pela autoridade federal competente para o município destinatário consumidor e o menor preço máximo de venda a consumidor fixado para o Estado da Bahia pela autoridade federal competente, conforme esclarecem os §§ 1º e 4º do Artigo 512 do RICMS, errando a autuada na utilização do preço máximo de venda a varejo fixado pela autoridade federal competente, conforme demonstram o autuante e a diligencia supracitada. Não acolho a preliminar de nulidade tendo em vista os dispositivos legais corretos constantes no termo de encerramento, além da descrição correta dos fatos no termo e no auto de infração”. Deste modo, entendeu a JJF que os preços máximos são sempre expressos em três casas decimais, e que a tabela à fl. 189, elaborada pelo revisor, está correta, sendo exigido do autuado o ICMS no valor de R\$ 23.775,93 (valor histórico).

Inconformado com a Decisão supra, o autuado ingressou com Recurso Voluntário por entender que merece reforma a Decisão Recorrida vez que não foram enfrentados, no julgamento, todos os pontos sustentados na defesa, os quais, passa a comentar:

Afirma que o Acórdão está baseado apenas na informação do autuante imputando-lhe a responsabilidade do recolhimento do imposto por substituição tributária nas operações de vendas de óleo diesel para revendedores varejistas no Estado da Bahia, e que passa ao largo das Razões de Defesa ao não adentrar no ponto que sustentou de que, ao teor do art. 512, inciso I, “b”, do RICMS é o industrial refinador de óleo diesel o responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição. Diz que apenas distribui o óleo diesel e que o refinador é a Petróleo do Brasil S/A.

Sustenta que permanecendo a Decisão Recorrida o art. 512 do RICMS estará sendo contrariado e que a base de cálculo para fim de substituição é, tão só, aquela prevista no § 4º deste artigo. Transcreve o inciso I-a do referido artigo que trata de operações realizadas por estabelecimento industrial refinador e volta a mencionar que não é responsável pela substituição tributária do imposto nas operações envolvidas no presente Auto de Infração. Após outros pronunciamentos, considera-se parte ilegítima para figurar no polo passivo da presente autuação.

Discorre a respeito de “cerceamento ao seu direito de defesa por entender que a Junta de Julgamento Fiscal deixou de enfrentar diretamente as questões que levantou pois o que se discute é que sua responsabilidade em relação aos produtos mencionados e especificados no inciso I do art. 512 do RICMS, só tem incidência pelo recolhimento das diferenças de imposto quando retido a menos pelo refinador industrial e que o Auto de Infração, em nenhum momento menciona que a Petrobrás Distribuidora está sendo autuada por esta diferença de imposto devido, recolhido a menos. Considera que esta fato dificulta sua defesa.”

Diz que merece reforma a decisão, que desacolheu o pedido de revisão requerido, cerceando o direito de defesa do autuado.

Ataca a constitucionalidade da base de cálculo estabelecida pelo art. 512 do RICMS/96 e 97, fato este que considera não apreciado no julgamento da primeira instância, bem como quanto a improcedência da base de cálculo prevista neste artigo, cuja aplicação pelo autuante considera errada e argumenta, ainda, que a Decisão acolheu como corretos os preços utilizados na autuação e que esta matéria também deixou de ser apreciada pela Junta de Julgamento.

Argumenta que não tem cabimento a multa aplicada e aduz que não se pode, ao arbítrio da lei, exigir-se crédito tributário, meramente por suposições, sem uma melhor análise, sob pena de ferir-se os Princípios da Legalidade, do Contraditório e da Ampla Defesa.

Ao final requer o conhecimento e o provimento do Recurso Voluntário e o consequente julgamento pela improcedência do Auto de Infração.

O autuante se pronuncia à fl. 297 dos autos onde cita que o argumento do recorrente, de que na condição de distribuidor não é responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS, já foi objeto de análise no julgamento anterior, citando que o RICMS é bastante claro em relação a este assunto. Discorda da ocorrência de cerceamento ao direito de defesa e, em relação as razões de inconstitucionalidade suscitadas, refere-se ao art. 167, inciso I, do RPAF-BA que veda pronunciamento a este respeito e, por fim, quanto a incorreção ou improcedência da base de cálculo, aduz que o Auto de Infração foi objeto de revisão fiscal e que, nessa oportunidade, foi efetuada a correção na mesma.

Em Parecer exarado às fls. 300 a 301 dos autos a douta PROFAZ considera que as alegações do recorrente são idênticas às trazidas nas Razões de Defesa inicial e que, no final, o recorrente pede a nulidade do julgamento pela falta de manifestação acerca de pedido de prova pericial.

Diz que, por ocasião da impugnação o recorrente solicitou a verificação de “prova pericial contábil-fiscal”, apesar do mesmo não ter atendido o requisito de formulação de quesitos. Acrescenta que o art. 18, II, do RPAF diz que são nulas as decisões proferidas com preterição ao direito de defesa e que tal defeito processual deve ser imediatamente reparado com vistas ao cumprimento do princípio da ampla defesa e do contraditório. A Douta PROFAZ, a final, solicitou que o PAF fosse remetido à 3<sup>a</sup> JJF para efeito do cumprimento do ditame do art. 145 e seguintes do RPAF e que, após essa providência, deve-se intimar o contribuinte nesse sentido e oferecida a devolução de prazo para interposição de Recurso.

Encaminhado o PAF à 3<sup>a</sup> JJF este foi devolvido no sentido de que fosse apreciado o Recurso Voluntário interposto pelo recorrente.

No que diz respeito ao Recurso Voluntário, a 1<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal entendeu que “... não se caracteriza nos autos as hipóteses argüidas a título de ilegitimidade passiva e cerceamento

ao direito de defesa pois o art. 512, inciso II, “b”, do RICMS-BA atribui essa responsabilidade ao distribuidor de óleo diesel bem como, de igual maneira, está definida sua responsabilidade no § 1º do mesmo artigo. Ademais, o § 4º deste mesmo artigo define a questão da base de cálculo a ser adotada nestas operações.

Quanto ao argumento de inconstitucionalidade da base de cálculo estabelecida pelo art. 512 do RICMS-BA é o próprio RPAF-BA, em seu artigo 167, inciso I, que estanca essa possibilidade de apreciação pelos órgãos julgadores administrativos porém, entende que não existem artigos inconstitucionais no RICMS-BA e o recorrente não comprova sua existência mediante Decisão emanada do Supremo Tribunal Federal.

Prosegue a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, dizendo que “A questão envolvendo a revisão dos preços utilizados pelo autuante já foi adequadamente esclarecida através da diligência fiscal efetuada a qual é citada no relatório e foi acolhida pelo Sr. Relator da 1ª Instância, não se configurando, no caso presente, cerceamento ao direito de defesa do recorrente. A multa aplicada é a prevista em Lei e decorre do descumprimento de obrigação principal portanto, está corretamente aplicada, enquanto que o crédito tributário exigido não se deu através de suposição ou presunção mas sim, através de levantamento fiscal fático, com base em documentos emitidos pelo próprio recorrente”.

Dante do exposto, a decisão da Colenda Câmara foi pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, sob a fundamentação de que “não existem motivos para decretação de nulidade do julgamento e pelo fato do recorrente não apresentar fatos ou argumentos capazes de alterar o julgado.”

O autuado, através de seu advogado, novamente manifesta-se no PAF, desta feita apresentando EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, fls. 311 a 315, sob a alegação de que o Acórdão CJF nº 2723/00, em total violação ao art. 113, do RPAF discordou da orientação da PROFAZ que opinou que o PAF retornasse à 3ª JJF para fim de cumprimento do ditame do art. 145, do mesmo RPAF no sentido de que o mesmo tomasse conhecimento da diligência fiscal realizada pela ASTEC.

Destaca o embargante que o acórdão afirma “que o autuado foi devidamente notificado dessa diligência” fato este que, ao seu ver, não corresponde a realidade, acrescentando que a intimação alegada no acórdão não se perfez, posto que realizada através de pessoa manifestamente ilegítima. Considera portanto irregular a intimação. Com isto, argumenta que é aí que reside a contradição entre o Acórdão e o que existe nos autos.

Aduz que foi admitido no PAF a participação de advogado, que se habilitou nos autos e nele lançou o endereço para intimações. Com isso somente o advogado ou o representante legal da empresa é que poderiam ser intimados de qualquer ato processual. Afirma que não ocorreu a intimação.

A Douta Profaz, emite o Parecer nº 476/01, fl.320, no qual conclui que “do resultado da diligência, no entanto, não foi intimada a Embargante” e opina pelo provimento parcial dos embargos.

A 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, emana o Acórdão nº 1086/01, com o entendimento unânime de “Inexistência de obscuridade ou contradição na Decisão recorrida. Ausentes os requisitos de admissibilidade dos Embargos de Declaração. Recurso NÃO PROVADO. Decretada, de ofício, a nulidade dos atos processuais a partir da fl. 270 dos autos para tornar NULOS os Acórdãos nº 0627/00 e 2723/00, devendo o PAF retornar ao Setor de Intimação para que o sujeito passivo e

autuantes sejam intimados à tomar ciência do resultado da diligência fiscal realizada e, em seguida, encaminhado à 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal para fim de novo julgamento.”

Em consequência, a Petrobrás Distribuidora S/A, intimada da decisão do Acórdão 1086/01, manifesta-se, às fls. 333 a 335, e inicialmente esclarece que discorda veementemente da diligência efetuada, que incide nos mesmos equívocos cometidos pelo autuante. Afirma que tanto o auditor fiscal responsável pela lavratura do auto quanto a ASTEC deixam de considerar que as operações fiscalizadas dizem respeito a produtos (óleo diesel) substituídos pelo fornecedor da autuada (no caso, a PETRÓLEO BRASILEIRO S/A). Reclama que quando o fornecedor, a Petróleo, repassa o produto para a autuada BR, automaticamente faz a retenção do ICMS com base no preço bomba, expressado em quatro decimais, conforme notas fiscais nº 022.710 e 007.706, datadas de 18/11/96 e 20/03/97, onde foram tomados como preço unitário do produto R\$ 0,2509 e R\$ 0,2742, base de cálculo para o valor do ICMS retido. Aduz que como o fornecedor se utiliza deste critério, ou seja, o preço unitário expressado em quatro dígitos, a BR deverá compor o preço bomba/cliente final com quatro decimais. Julga ser prioritário que seja realizada uma perícia fiscal junto a saída do produto da Petróleo S/A, a título de venda ao distribuidor, no período da autuação, para constatar de que o preço unitário praticado pelo fornecedor, base para a retenção do ICMS devido, foi expressado em quatro casas decimais, e, como tal, não pode o fisco imputar à BR o recolhimento a menor de ICMS substituto devido.

A Douta PROFAZ, em Parecer, fl. 343, pronuncia-se no sentido de que o pedido de perícia fiscal deverá ser analisado, quanto à sua conveniência e oportunidade, nos moldes do art. 147 e parágrafos do RPAF/99, pela 3<sup>a</sup> JJF.

## VOTO

Inicialmente rejeito o pedido de perícia fiscal, formulada na manifestação do autuado sobre o resultado da diligência, haja vista que os elementos constantes do processo são suficientes para a formação do meu convencimento de julgadora.

Ademais, o presente PAF, por força da falta de ciência do autuado quanto ao resultado da diligência de fls. 188 a 189, retorna à Junta para julgamento em 1<sup>a</sup> instância..

Quanto ao argumento de nulidade da diligência por conta do preço considerado no lançamento, com três casas decimais, verifico que à fl. 183 do PAF, encontra-se a Portaria nº 30, de 06 de julho de 1994, do DEPARTAMENTO NACIONAL DE COMBUSTÍVEIS – DNC, que fixa o número de casas decimais dos preços por litro de óleo diesel, de gasolina e de álcool hidratado, indicado nas bombas medidoras dos Postos Revendedores e dispõe:

“CONSIDERANDO que os preços fixados para derivados de petróleo são estruturados, em Real, com quatro casas decimais, visto que diversos itens da estrutura de preços só tem representatividade após a terceira casa decimal da unidade monetária, inclusive;

CONSIDERANDO a necessidade de facilitar o entendimento do consumidor sobre o preço a pagar pelos combustíveis líquidos, resolve:

Art. 1º Os preços por litro de óleo diesel, de gasolina automotiva e de álcool hidratado, indicado nas bombas medidoras dos Postos de Revenda, são expressos com três casas decimais.”

Também o Ministério das Minas e Energia, através da Coordenação Geral de Preços e Ressarcimento – Divisão de Preços, com base nas Portarias MF 293 de 17/12/96 e DNC nº 36 de 17/12/96, ao publicar os “PREÇOS MÁXIMOS DE VENDA AO CONSUMIDOR, PARA ÁREA CIDADE”, documento de fls. 85 a 106, o faz utilizando três casas decimais.

Portanto, não procede o argumento do autuado manifestado na defesa, e, inclusive referendado no seu pedido de perícia, de que os preços considerados pelo auditor fiscal deveriam ser expressados em quatro decimais, como repassado pelo fornecedor, a Petróleo, para o autuado BR, que automaticamente faz a retenção do ICMS com base no preço bomba.

O autuado também suscita a inconstitucionalidade da substituição tributária “para frente” ou antecipação, se não instituído através de Lei Complementar, conforme art. 155 XII, “b”, da Constituição Federal, questão que não cabe a esta JJF apreciar, por faltar-lhe competência, conforme o disposto no art. 167, I, do RPAF/99.

Contesta ainda em preliminar, a sua responsabilidade pela substituição ou antecipação do imposto devido nas operações relativas a venda de óleo diesel neste Estado, declarando-se parte ilegítima para figurar no polo passivo da presente autuação, devendo nela figurar o refinador, argumento que não procede pois a sua responsabilidade está prevista no art. 512, I, e § 1º do RICMS/96 e 97, restrita ao valor do ICMS que foi retido a menos pelo industrial refinador.

Quanto ao mérito da lide, a autuação decorreu da retenção a menos do ICMS nas vendas de óleo diesel para revendedores varejistas no Estado da Bahia., código fiscal de operação 5.12, referente ao período de novembro de 1996 a outubro de 1997, fundamentada nos dispositivos abaixo transcritos, do RICMS/96 e 97:

*Art. 512 - São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, nas operações com combustíveis e lubrificantes, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas saídas que efetuarem, para fins de antecipação do recolhimento do tributo relativo à operação ou operações subsequentes, a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado (Lei nº 6.673/94 e Convs. ICMS 105/92 e 154/94):*

.....

*II - o distribuidor de:*

*b) lubrificantes derivados ou não de petróleo - NBM/SH 2710.00.0201 a 2710.00.0299;*

.....

*§ 1º - Será atribuída ao distribuidor a responsabilidade pelo recolhimento das diferenças do imposto devido, quando retido a menos pelo industrial refinador, relativamente às operações com os produtos especificados no inciso I.*

Para dirimir quaisquer dúvidas existentes acerca do lançamento e da base de cálculo aplicada pelos autuantes, foi efetuada diligência, fls. 188 a 189, por fiscal estranho ao feito, que concluiu que os autuantes nos demonstrativos elaborados, arrolaram como se fosse óleo diesel, notas fiscais referentes à saídas de álcool hidratado e de gasolina. Corrigiu estas distorções, e apresenta às fls. 190 a 238, novo demonstrativo com os cálculos, nota a nota, de todo o ICMS a recolher, do que resulta o valor de R\$ 23.775,93.

Efetivamente o autuado quando da venda de óleo diesel para revendedores varejistas neste Estado, recolheu a menos o ICMS e na qualidade de substituto tributário, conforme o art. 512, II, "b" e o §§ 1º e 4º, do art. 512, acima descrito, tem a obrigação de efetuar o pagamento da diferença do ICMS retido a menos pelo industrial refinador.

Quanto à base de cálculo utilizada para apuração do "quantum debeatur", o § 4º, I, "b", item 1, do art. 512 do RICMS/96 e 97, acima transcrito, a define e foi corretamente aplicado pelo autuante.

Concordo com o valor apresentado na diligência, pois resultante da diferença entre o preço bomba (preço máximo a varejo fixado pela autoridade federal competente para o município destinatário consumidor), e o menor preço de venda a consumidor fixado para o Estado da Bahia, conforme esclarecem os §§ 1º e 4º do Artigo 512 do RICMS, errando o autuado na utilização do preço máximo de venda a varejo fixado pela autoridade federal competente, conforme demonstram o autuante e a diligência supracitada.

Ficou demonstrado que de acordo com a portaria 30/94 do DNC e as próprias tabelas apresentadas pelo autuado (fls 85 a 117) os preços máximos são sempre expressos em três casas decimais. Sendo assim, a segunda tabela constante à fl. 189, elaborada pelo revisor com os valores por ele corrigidos, está correta, conforme segue:

#### DEMONSTRATIVO DE DÉBITO

Alíquota de 17% e Multa de 60%.

Data de Ocorrência	Valor do débito
09.12.96	404,97
09.01.97	212,02
09.02.97	2.109,64
09.03.97	2.084,93
09.04.97	2.120,23
09.05.97	3.186,07
09.05.97	3.193,01
09.06.97	2.707,88
09.07.97	502,09
09.08.97	2.636,18
09.09.97	1.767,93
09.10.97	2.850,98
Total	23.775,93

A multa aplicada é a prevista em Lei e decorre do descumprimento de obrigação principal, portanto, está corretamente aplicada.

Assim, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

#### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 03606010/97, lavrado contra

**PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$23.775,93**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de maio de 2002.

DENISE MARA ANDRADE BAROBOSA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – RELATORA

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÉA - JULGADOR