

A. I. N ° - 206960.0016/01-1  
AUTUADO - PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A.  
AUTUANTES - JUAREZ ANDRADE CARVALHO e JOSÉ AUGUSTO MARTINS VICENTE  
ORIGEM - INFAS SIMÕES FILHO  
INTERNET - 11.06.02

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACORDÃO JJF N° 0187-02/02**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** RETENÇÃO A MENOS DO IMPOSTO, RELATIVO ÀS OPERAÇÕES SUBSEQUENTES, PARA CONTRIBUINTES LOCALIZADOS NO ESTADO DA BAHIA. **b)** FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO EM VIRTUDE DE LIMINARES. Infrações caracterizadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 28/11/01, exige o valor de R\$ 163.597,59, relativo aos exercícios de 1997 e 1998, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de gasolina, óleo diesel e álcool, realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, em razão: I) da retenção a menos do ICMS-ST, no valor de R\$ 149.339,15, em virtude de divergência entre os valores apurados na forma do Convênio ICMS 105/92 com os valores repassados pela empresa ao Estado da Bahia, quanto aos dois primeiros produtos, e por não ter agregado à base de cálculo os valores referentes ao PIS e COFINS, despesas acessórias cobradas dos destinatários, quanto ao álcool, e II) da falta de retenção do ICMS-ST, no valor de R\$ 14.258,44, em virtude de liminares. Tudo conforme documentos e demonstrativos às fls. 12 a 412 dos autos.

O autuado, através de seu advogado legalmente constituído, quanto à primeira infração, reconhece como devidas as exigências relativas à retenção a menos do ICMS-ST, incidente sobre a gasolina e o óleo diesel, no período de mar/97 a dez/98, no valor de R\$ 130.765,23, e impugna esta exigência incidente sobre o álcool, no valor de R\$ 18.573,92, por entender que os recolhimentos do PIS e COFINS efetuados pelo impugnante, na qualidade de substituto tributário, por força da Lei nº 9.718/98, foram feitos em nome do revendedor, referentes à operação posterior na qual ele deu saída ao produto, não guardando qualquer relação entre a operação envolvendo o autuado e o posto revendedor, e por isso não pode ser agregado a base de cálculo do ICMS-ST.

No tocante à segunda infração, aduz que a empresa deixou de efetuar as referidas retenções por força de decisões judiciais (liminares), obtidas pelos contribuintes, adquirentes de produtos, para não pagar o imposto, conforme Mandado de Segurança nº 3.999.452/94-J, movido pela Atlântica Comércio de Combustíveis LTDA e nº 5.087.731/96-M, movido por TRRCL – Transportador, Revendedor, Retalhista de Combustíveis e Lubrificantes LTDA., ambas ações da 3ª Vara de Fazenda Pública de Salvador. Ressalta que não tinha alternativa de deixar de efetuar a retenção nas referidas operações, sob pena de desobediência prevista no art. 359 do Código Penal, o que conforme art. 151, incisos IV e V, do CTN, suspende a exigibilidade do crédito tributário em litígio.

Os autuantes, em sua impugnação às fls. 422 a 424, ressaltam, quanto ao item “3” da infração 01, que a Cláusula Segunda do Convênio ICMS 105/92 é clara quando define como base de cálculo do ICMS-ST

“o valor da operação acrescido, em ambos os casos, do valor de qualquer encargo transferível ou cobrado do destinatário”. Assim, entendem que a alegação do autuado não procede. Anexa Consulta feita à Gerência de Substituição Tributária, a qual ratificou o entendimento da fiscalização.

Quanto à infração 02, registram que a empresa foi intimada quatro vezes a apresentar as liminares (fls. 22 a 27 do PAF) e nunca as apresentou. Destacam que a Lei nº 4.348/64 estabelece normas processuais relativas a mandado de segurança, onde dispõe em seu art. 1º, alínea “b”, que “a medida liminar somente terá eficácia pelo prazo de 90 dias a contar da data da respectiva concessão, prorrogável por mais 30 dias quando provadamente o acúmulo de processos pendentes de julgamento justificar a prorrogação”. Assim, conclui que o autuado após o 91º dia da expedição da liminar deveria ter cumprido o disposto no Convênio ICMS 105/92, ou seja, efetuar a retenção do ICMS-ST. Como não o fez, coube ao Fisco constituir o crédito de forma a evitar a decadência.

Intimado via postal a tomar conhecimento da informação fiscal o autuado não se pronunciou.

#### VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o imposto no valor de R\$ 163.597,59, relativo aos exercícios de 1997 e 1998, por ter o contribuinte retido a menos o ICMS-ST nas vendas de gasolina, óleo diesel e álcool realizadas para contribuintes localizados neste Estado da Bahia, como também ter deixado de proceder a retenção do ICMS-ST em virtudes de liminares.

O contribuinte, reconhece parte do valor reclamado e impugna a exigência relativa a retenção a menos do ICMS-ST de álcool, por entender que o PIS e COFINS, recolhidos pelo impugnante na qualidade de substituto tributário, não deve ser agregado a base de cálculo do ICMS-ST, como também opõe-se a exigência relativa a falta de retenção do ICMS-ST, em virtude de decisões judiciais (liminares) obtidas pelos contribuintes adquirentes de produtos, para não pagar o imposto.

Da análise das peças processuais, constata-se a procedência das exigências fiscais contestadas, uma vez que a previsão legal estabelece que a base de cálculo do ICMS-ST deve ser acrescida do valor de qualquer encargo transferível ou cobrado do destinatário, conforme cláusula segunda, § 1º, do Convênio ICMS 105/92. Assim, agiram corretamente os autuantes ao agregarem à base de cálculo do ICMS-ST os valores referentes ao PIS e COFINS, cobrados dos destinatários localizados no Estado da Bahia.

Quanto à segunda infração, relativa a falta de retenção do ICMS-ST em virtude de liminares, o autuado foi intimado por quatro vezes a apresentar as respectivas cópias aos prepostos fiscais, contudo não as apresentou. Posteriormente, em suas razões de defesa, tece as mesmas alegações, porém, também, não traz aos autos as provas de sua alegação, no caso as cópias das aludidas liminares, contrariando, assim, o art. 123 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, o qual assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do lançamento, na esfera administrativa, acompanhada das provas referentes às suas alegações.

Do exposto, voto o Auto de Infração PROCEDENTE.

#### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206960.0016/01-1, lavrado contra

*ESTADO DA BAHIA  
SECRETARIA DA FAZENDA  
CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL (CONSEF)*

**PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 163.597,59, 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, 04 de junho de 2002.

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO - PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR – JULGADOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – JULGADOR