

A. I. Nº - 206960.0014/01-9  
**AUTUADO** - ESSO BRASILEIRA DE PETRÓLEO LTDA.  
**AUTUANTES** - JUAREZ ANDRADE CARVALHO e JOSÉ AUGUSTO MARTINS VICENTE  
**ORIGEM** - INFAC SIMÕES FILHO  
**INTERNET** - 24.09.02

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0320-02/02**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEIS. IMPOSTO RETIDO A MENOS POR EMPRESA ESTABELECIDA EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. Os demonstrativos anexados aos autos comprovam que o imposto foi retido a menos, e por isso, são devidas as diferenças apuradas. Indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 28/11/2001, refere-se a exigência de R\$157.970,30 de imposto, mais multa, tendo em vista que foi constatada retenção a menor do ICMS realizada pelo autuado, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativamente às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, no período de março de 1997 a dezembro de 1998.

O autuado apresentou impugnação fazendo inicialmente alguns comentários sobre a tempestividade do recurso interposto, ressaltando que tomou ciência do Auto de Infração em 21/12/2001. Disse que a empresa tem como atividade principal, a comercialização e distribuição de combustíveis e derivados ou não de petróleo, e na condição de substituta tributária recolhe o ICMS arrecadado de seus revendedores, na forma da legislação em vigor. Que a partir de março de 1997, em decorrência do Convênio 03/97, o repasse do imposto por substituição tributária passou a ser feito pelas refinarias com base nas informações prestadas pelas empresas distribuidoras, e até o mês de fevereiro de 1998, quando entrou em vigor o Convênio 130/97, as refinarias foram responsáveis pelo cálculo do imposto repassado ao estado de destino. Disse que a refinaria utilizava para o cálculo do repasse o menor preço bomba vigente no estado, cabendo à distribuidora recolher a diferença diretamente no estado de destino via GNRE. Quanto ao mérito, alegou que os cálculos apresentados pelos autuantes carecem de fundamentação legal, tendo em vista que nas operações com diesel, o cálculo do valor a ser repassado ao estado de destino era o preço bomba do município sede da refinaria, e a complementação era efetuada via GNRE, tendo sido utilizado ainda pelos autuantes, o preço bomba do município de destino, o que não reflete o preço tabelado que deve ser utilizado no cálculo. Disse que para comprovar as suas alegações, o defensor apresentou, em resposta ao Termo de Intimação, planilha, protocolada em 01/11/01, demonstrando que em decorrência da metodologia de cálculo adotada pela legislação, apurou divergências, cujas diferenças foram recolhidas via GNRE. Informou que anexou ao presente processo planilha com os valores do imposto por substituição tributária referente às operações com diesel e álcool, comprovando que as diferenças questionadas foram recolhidas. Apresentou as seguintes conclusões: a) o ICMS correspondente à gasolina foi integralmente repassado pela refinaria através do Convênio 03/97; b) quanto ao diesel, houve recolhimento complementar via GNRE, e as possíveis divergências residuais devem ser atribuídas ao preço bomba utilizado e não foram considerados pela fiscalização os ajustes relativos às distâncias entre a base de suprimento

e o cliente; c) os dispositivos tidos como infringidos não determinam a inclusão das contribuições para o PIS e a COFINS na base de cálculo do ICMS – ST; d) o defendant clama por provar todo o alegado, inclusive, se for o caso, por meio de perícia ou diligência específica. Pede que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Os autuantes apresentaram informação fiscal, dizendo que as alegações apresentadas nas razões de defesa são inócuas, tendo em vista que em relação à gasolina e ao diesel, foram analisados os documentos e a planilha e demais elementos enviados pela empresa em resposta ao Termo de Intimação para pagamento de débito, e foram consideradas as provas que se evidenciaram procedentes, sendo por isso, alterado o total do débito consignado na intimação de R\$865.469,53 para R\$157.970,30, sendo que, após a mencionada redução, não foi apresentado qualquer documento novo, e por isso, ficam mantidos os valores atuais do Auto de Infração. Quanto ao fato de terem sido agregados valores do PIS/COFINS, os autuantes citaram o Convênio ICMS 105/92, ressaltando que foi emitido Parecer em 24/08/2001, pela Gerência de Substituição Tributária, ratificando o entendimento dos autuantes no caso em exame. Por fim, pedem que o Auto de Infração seja julgado procedente.

## VOTO

Inicialmente, apreciando a solicitação formulada pelo autuado em suas razões de defesa para que seja realizada perícia e diligência específica com o objetivo de comprovar o alegado pelo defendant, fica indeferido o pedido, com base no art. 147 do RPAF/99, tendo em vista que os documentos constantes dos autos são suficientes para as minhas conclusões acerca da lide, e se existem outras comprovações além dos elementos existentes no PAF, e que estejam na posse do requerente, a sua cópia ou prova deveria ter sido juntada aos autos.

A autuação se refere à retenção a menor do ICMS realizada pelo autuado, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativamente às operações subsequentes, nas vendas de combustíveis realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, no período de março de 1997 a dezembro de 1998.

A questão tratada no presente processo foi inicialmente regulamentada em decorrência do Convênio ICMS 105/92, estando prevista em sua cláusula primeira a obrigatoriedade para o remetente de combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, situados em outros Estados, a condição de contribuintes ou de substitutos tributários, relativamente ao ICMS incidente sobre esses produtos.

O disposto no Convênio ICMS 105/92 foi integrado à legislação tributária deste Estado por meio do Decreto nº 1.855 de 29/12/92, ficando atribuída aos remetentes situados em outros Estados ou no Distrito Federal, a condição de sujeito passivo por substituição, relativamente às operações subsequentes a serem realizadas neste Estado.

O autuado reconhece a sua condição de sujeito passivo por substituição, entretanto, contestou o cálculo do imposto, alegando que em decorrência da metodologia de cálculo adotada pela legislação, apurou divergências, cujas diferenças foram recolhidas via GNRE, que anexou ao presente processo planilha com os valores do imposto por substituição tributária referente às operações com diesel e álcool, comprovando que as diferenças questionadas foram recolhidas, que o ICMS correspondente à gasolina foi integralmente repassado pela refinaria através do Convênio 03/97, e que em relação ao diesel, houve recolhimento complementar via GNRE, e as possíveis divergências residuais devem ser atribuídas ao preço bomba utilizado e não foram considerados pela fiscalização os ajustes relativos às distâncias entre a base de suprimento e o cliente. Quanto à inclusão das contribuições para o PIS e COFINS na base de cálculo do ICMS – ST,

o defendente alegou que os dispositivos legais utilizados pelos autuantes não determinam que as mencionadas contribuições sociais sejam incluídas para efeito de cálculo do imposto exigido.

Observo que a gasolina e o diesel comercializados pelas distribuidoras têm preços praticados diferenciados em cada Estado, haja vista que é de conhecimento geral a existência de diferença entre o preço praticado pelo industrial e o preço nas distribuidoras. Assim, a legislação já atribuiu ao distribuidor a responsabilidade pelo recolhimento das diferenças do imposto devido, quando retido a menos, conforme demonstrativos elaborados pelos autuantes.

O autuado emitiu documento encaminhado à IFEP/SEFAZ, datado de 29/10/2001, fls. 552/554, em atendimento ao Termo de Intimação para pagamento do débito apurado pelos autuantes, esclarecendo quanto ao diesel que o repasse era realizado com base no preço de bomba do município da Refinaria da Bahia, e a complementação da diferença entre o preço utilizado no repasse e o preço bomba efetivo do cliente era retido e recolhido.

Na informação fiscal, os autuantes destacaram que em relação à gasolina e ao diesel, foram analisados os documentos e a planilha e demais elementos enviados pela empresa em resposta ao Termo de Intimação para pagamento de débito, e foram consideradas as provas que se evidenciaram procedentes, sendo por isso, alterado o total do débito consignado na intimação de R\$865.469,53 para R\$157.970,30.

Vale ressaltar, que em decorrência da informação fiscal e parecer anexo, fls. 689 a 694, o contribuinte foi intimado a tomar conhecimento e se manifestar, querendo, cujo recebimento está comprovado pelo “AR” à fl. 696 do PAF, entretanto, não apresentou qualquer impugnação.

Quanto à inclusão do PIS e COFINS na base de cálculo da substituição tributária, pelo Convênio ICMS 105/92, cláusula segunda, o entendimento é de que prevalece o valor da operação acrescido do valor de qualquer encargo transferível ou cobrado do destinatário, e por isso, deve-se adicionar as parcelas correspondentes às mencionadas contribuições sociais, conforme procedimento adotado pelos autuantes.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, haja vista que está comprovado nos autos o cometimento da infração apurada, e não foram apresentados pelo defensores elementos suficientes para elidir a autuação fiscal.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206960.0014/01-9, lavrado contra **ESSO BRASILEIRA DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$157.970,30**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de setembro de 2002.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR - JULGADOR