

PROCESSO	- A. I. N° 206960.0014/01-9
RECORRENTE	- ESSO BRASILEIRA DE PETRÓLEO LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL.
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF n° 0320-02/02.
ORIGEM	- INFAS SIMÕES FILHO
INTERNET	- 03.06.03

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0041-12/03

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, relativamente aos itens 01 e 02, como comprovado por diligência. Item 3: Devida a inclusão dos PIS/COFINS na base de cálculo da substituição tributária, por força da LC n° 87/96, repetida na legislação ordinária estadual. Exigência fiscal subsistente. Mantida a Decisão Recorrida. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime em relação aos itens 1 e 2. Vencido o voto do Relator. Decisão por maioria quanto ao item 3.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/11/2001, exige o imposto no valor de R\$157.970,30, mais multa, tendo em vista que foi constatada retenção a menor do ICMS 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.

Em 12/09/02, através Acórdão JJF n° 0320-02/02, a 2ª Junta de Julgamento Fiscal julgou Procedente o Auto de Infração por entender que “os demonstrativos anexados aos autos comprovam que o imposto foi retido a menos, e por isso, são devidas as diferenças apuradas”.

Inconformada com tal decisão a Empresa entra com Recurso Voluntário onde diz que:

1 – Tem como atividade principal a comercialização e distribuição de combustíveis derivados ou não de petróleo, tais como óleo diesel, gasolina e álcool hidratado, dentre outros. Como distribuidora, na condição de contribuinte substituto, recolhe o ICMS arrecadado de seus revendedores, como manda a legislação.

2 – A partir de março/97, com o Convênio 03/97, o repasse do ICMS-ST, ao Estado de destino, passou a ser feito pelas refinarias, de acordo com informações prestadas pelas distribuidoras.

3 – Até Fevereiro/98, com o advento do Conv. 130/97, as refinarias eram as responsáveis pelo repasse, aos Estados de destino, do ICMS-ST incidente sobre os produtos em questão.

4 – A refinaria, quanto ao óleo diesel, utilizava, para o cálculo do repasse, o menor preço de bomba vigente no Estado, cabendo à distribuidora recolher a diferença diretamente ao Estado de destino, via GNRE. A legislação da Bahia e o Convênio 03/97, determinavam que a base de cálculo fosse o preço estipulado pela autoridade competente, no caso o Ministério da Fazenda, juntamente com o de Minas e Energia, com preço máximo de bomba a ser aplicado a cada município. Além disso, estabeleciam que se o revendedor estivesse fora do raio de 20 Km da sede do município, este valor seria acrescentado ou deduzido do valor do frete por quilômetro rodado, à razão de R\$0,0040/l, a cada 20 Km rodado.

5 – “.....A diferença entre o preço bomba efetivo do cliente e o valor utilizado no cálculo do repasse era retida e recolhida pela distribuidora, via GNRE, através do ICMS-ST destacado nas notas fiscais de venda”.

6 – O autuante utilizou o preço de bomba do município de destino, não levando em consideração a questão do raio dos 20 Km da sede do município.

7 – Apresentou em 01/11/01 planilha de cálculo demonstrando o equívoco do autuante. As divergências apuradas foram recolhidas, via GNRE, ao Estado da Bahia. Dessa documentação constata-se que o ICMS, relacionado à gasolina, foi integralmente repassado pela refinaria na forma do Convênio 03/97 e o ICMS, referente ao óleo diesel, foi parcialmente repassado pela refinaria, na forma do mesmo Convênio, com recolhimento complementar feito pela distribuidora, via GNRE, sendo que as possíveis diferenças residuais “devem ser atribuídas ao preço de bomba utilizado pela fiscalização, que não considerou os ajustes relativos às distâncias entre a base de suprimento e o cliente”.

8 – A Junta de Julgamento Fiscal não considerou os documentos acostados com a defesa, que comprovam a improcedência dos itens 1 e 2, limitando-se a considerar as provas apresentadas em resposta ao Termo de Intimação para pagamento. Ocorre que o remanescente, objeto do Auto de Infração, no valor de R\$157.970,30, teve documentalmente comprovada a sua improcedência, conforme itens 13 e 14 deste Recurso.

9 – Com relação ao item 3, não pode prosperar pois as cláusulas segunda, terceira e quarta do Convênio ICMS nº 105/92, e alterações posteriores, combinado com o Decreto nº 1855/92, não determinam a inclusão do PIS e do COFINS na base de cálculo do ICMS-ST, até porque tal imposto é calculado sobre uma base presumida fixada pelo próprio Poder Público, através de atos dos Secretários da Fazenda de cada Estado.

10 – O Convênio ICMS nº 138, publicado em 29/12/2001, no DOU, alterou o de nº 03/99 e incluiu, na base de cálculo do ICMS-ST as contribuições, que não estavam previstas no 03/99.

11 – Sendo o PIS e o COFINS contribuições, estes só podem fazer parte da base de cálculo do ICMS-ST após a vigência do Convênio ICMS 138.

Ao final de seu Recurso, a Empresa pede seja o Auto de Infração julgado Improcedente.

A PROFAZ, em Parecer de fls. 732/733, após análise, opina pelo Improvimento do Recurso por entender que as provas trazidas, como as guias de GNRE, já foram acatadas pelos autuantes e que o Convênio 105/92 já permitia a inclusão do PIS e do COFINS na base de cálculo do ICMS-ST.

Em 18/12/02, na assentada de julgamento, esta Câmara resolveu remeter o processo à ASTEC para que fosse verificado se a empresa tinha razão quanto ao argumento relativo aos 20Km de

distância da sede do município até os revendedores e se o PIS e o COFINS deveriam, no caso, fazer parte da base de cálculo do álcool. Em resposta, aquele órgão, através de Parecer anexado à fl. 740, diz que não cabe qualquer redução ou acréscimo na base de cálculo do óleo diesel, vez que todas as notas fiscais do período fiscalizado foram destinadas aos Municípios de Teixeira de Freitas ou Mucuri, dentro da sede do município ou área-cidade de distribuição e que os autuantes consultaram a Gerência Especializada, sobre o PIS e o COFINS, que emitiu Parecer anexado à fl. 692 do processo, definindo a questão.

A PROFAZ, em Parecer de fl. 743, opina, ratificando o anterior, pelo Improvimento do Recurso Voluntário apresentado.

VOTO VENCIDO

A diligência solicitada por esta Câmara concluiu, de forma taxativa, que todas as notas fiscais referentes ao período fiscalizado, concernentes às infrações 1 e 2, tiveram destino dentro do Município, não se podendo cogitar, portanto, da utilização do contido no parágrafo 2º da Portaria nº 152, de 23/06/99. Além disso, as provas trazidas pela empresa quando da defesa, foram as que os autuantes acataram quando da lavratura do Auto de Infração, motivo da redução do valor lançado no mesmo. A 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, restou caracterizada, pois 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.

Quanto ao item 3, referente à inclusão do PIS e COFINS na base de cálculo da substituição tributária, pelo Convênio ICMS nº 105/92, cláusula segunda, o valor da operação é acrescido do valor de qualquer encargo transferível ou cobrado do destinatário, e por isso, segundo o entendimento emanado da Decisão Recorrida, deve-se adicionar as parcelas correspondentes às mencionadas contribuições sociais, conforme procedimento adotado pelos autuantes. Entendo, data vénia, que a matéria é regulamentada por Convênio e os Estados não podem modificar o conteúdo dos mesmos. Podem até mesmo, a depender das suas conveniências, deixar de adotar nas suas legislações os Convênios na sua inteireza, mas não podem modificar o estabelecido por eles, quanto à matéria tributária. Como dito pela empresa, a inclusão do PIS e do COFINS na base de cálculo do imposto ora discutido, só foi especificamente autorizada a partir da vigência do Convênio 138/01, que se deu a partir de 29/12/2001. Ora, se tal Convênio assim fez, é porque antes do mesmo tal providência ainda não havia sido adotada e, se assim ocorreu, não se pode pretender incluir na base de cálculo do imposto as contribuições devidas relativamente ao PIS e COFINS. Por isso, considero IMPROCEDENTE o item 3 do Auto de Infração.

Face ao exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário apresentado, para que seja modificada a Decisão Recorrida, pois o Auto de Infração é PROCEDENTE EM PARTE.

VOTO VENCEDOR QUANTO AO ITEM 3

“Data venia” o voto do Ilustre Relator no que toca ao item 3 da autuação – que se reporta à recolhimento a menor do ICMS em relação às operações com álcool, por não terem sido incluídos na base de cálculo da substituição tributária os valores referentes ao PIS/COFINS, encargos debitados aos destinatários do referido produto.

A exigência fiscal lastra-se no art. 8º, inciso II, alínea “b” da Lei Complementar 87/96, “in verbis”:

Art. 8º - A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:

.....
.....
.....

II – em relação às operações ou prestações subsequentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

- a) *o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;*
- b) *o montantes dos valores de seguro, de frete, e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;*
- c) *a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subsequentes. (Grifos nossos)*

Tal regramento, como não podia deixar de ser, foi repetido literalmente na legislação ordinária estadual da Bahia – Lei Estadual nº 7.014/96, no seu art. 23, inciso II, alínea “b” - bem como estava previsto à época dos fatos geradores objeto da autuação no Convênio ICMS nº 105/92, recepcionado pela legislação estadual através do Decreto nº 1.855/92.

Neste eito, a agregação dos valores pertinentes ao PIS/COFINS na base de cálculo da substituição tributária aplicada na operação de saída de produto álcool, desde que os adquirentes/destinatários sejam onerados pelos mesmos, é exigência legal que não pode ser olvidada pelo contribuinte. Alegar que os textos normativos citados não permitem a exigência sob a alegação de que não expressam o termo “contribuições” é interpretação que não merece guarida, pois o termo “encargos” é genérico, açambarcando quaisquer ônus cobrado ou transferido aos adquirentes, inclusive a título de contribuições.

O Convênio ICMS nº 138/01 em nada modificou este regramento, até porque não é instrumento hábil a alterar a Lei Complementar e nem lei ordinária estadual, às quais deve obediência por respeito à hierarquia das leis (lei em sentido lato), sob pena de invalidade. A inserção do termo “contribuições” apenas visou explicitar a exigência de inclusão dos valores a estas relativos, exigência de resto já presente na legislação citada. Se persistisse esse entendimento de que o Convênio ICMS nº 138/01 é que trouxe essa exigência, valeria dizer que o convênio – norma inferior - estaria criando base de cálculo, quando é cediço que base de cálculo é matéria de reserva legal.

Neste sentido, somos pela manutenção desta exigência fiscal, mantendo-se o julgamento proferido pela Primeira Instância, daí porque votamos pelo NÃO PROVIMENTO do presente Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em relação aos itens 1 e 2,e por maioria, quanto ao item 3, com o voto de qualidade do Presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração n° 206960.0014/01-9, lavrado contra **ESSO BRASILEIRA DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente 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.

VOTOS VENCEDORES: Conselheiros (as) Sandra Urânia Silva Andrade, Carlos Fábio Cabral Ferreira e Helcônio de Souza Almeida.

VOTOS VENCIDOS - Conselheiros (as) José Carlos Boulhosa Baqueiro, José Carlos Barros Rodeiro e José Raimundo Ferreira dos Santos.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de Maio de 2003.

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BOULHOSA BAQUEIRO – RELATOR VOTO VENCIDO

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE - VOTO VENCEDOR

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