

PROCESSO - A. I. Nº 206960.0016/01-1
RECORRENTE - PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A.
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JFJ n º 0187-02/02
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 15.08.03

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0056-12/03

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** RETENÇÃO A MENOS DO IMPOSTO RELATIVO ÀS OPERAÇÕES SUBSEQUENTES PARA CONTRIBUINTE LOCALIZADOS NO ESTADO DA BAHIA. FALTA DE INCLUSÃO DO PIS/COFINS NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS-ST. Infração caracterizada. Decisão mantida. **b)** FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO EM VIRTUDE DE LIMINARES. Infração parcialmente caracterizada. Decisão judicial definitiva favorável a um dos contribuintes substituídos impetrantes do Mandado de Segurança obsta a exigência fiscal do contribuinte substituto. Decisão modificada em parte. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, I, “b” Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09.07.99, interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 2ª JFJ, através do Acórdão nº 0187-02/02, que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração foi lavrado imputando ao recorrente a falta de recolhimento do ICMS 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.

A Decisão Recorrida – fls. 434 e 436 - foi pela Procedência “*in totum*” do Auto de Infração, com a seguinte fundamentação, que abaixo transcrevemos, “*in verbis*”:

“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 nº 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.”

Irresignado com o Julgado, o sujeito passivo interpôs o presente Recurso Voluntário – fls. 444 a 447 – onde pede a reforma do Julgado tão somente quanto às infrações descritas no item 1, sub item 3, e item 2, trazendo os seguintes argumentos, em síntese:

1 – Entende não assistir razão ao Fisco na exigência de inclusão na base de cálculo do ICMS substituto tributário de valores relativos ao PIS/COFINS, sob o argumento de que a operação representativa do fato gerador do recolhimento destas contribuições ocorreu em momento posterior à operação que lhe é imputada, na saída do produto quando da venda ao consumidor realizada pelo posto revendedor, e não quando da saída do produto por ele vendido a este último.

2 – Questiona a exigência de retenção do ICMS nas vendas interestaduais realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, na condição de contribuinte substituto, alegando que deixou de reter o imposto em decorrência de estar amparada por ações judiciais em curso na Vara da Fazenda de Salvador– Mandados de Segurança - com liminares deferidas às empresas Atlântica Comércio de Combustíveis e TRRCL -Transportadora Revendedor Retalhista de Combustíveis e Lubrificantes Ltda, as quais junta aos autos nesta oportunidade. Afirma que as liminares estavam em pleno vigência no período objeto da autuação e que assim permaneceram até o julgamento final dos processos, não lhe cabendo outra alternativa senão cumprir a ordem judicial, sob pena de cometimento de crime de desobediência.

Afirma, ainda, que deveria recair a autuação sobre o contribuinte que deveria ter providenciado o recolhimento do imposto, e não sobre a Petrobrás Distribuidora, proibida de atuar como substituta tributária em virtude de ação intentada pelo próprio contribuinte. Ao final, ainda alega que cabe ao Fisco o ônus de provar o não recolhimento do ICMS na quantia exigida neste item pelo contribuinte, pois se tal valor foi recolhido a autuação restaria sem objeto, pois o imposto seria sido pago.

Em Parecer inicial – fl. 482 - a Procuradoria da Fazenda opina pelo Não Provimento do Recurso, por entender que os argumentos trazidos ao recurso constituem cópia dos anteriormente apresentados na defesa, insuficientes a proporcionar a alteração do julgamento de Primeira Instância.

Distribuído o processo a esta Relatora, convertemos o PAF em diligência – fl. 490 - com o respaldo unânime dos membros da 1ª CJF, onde então funcionávamos, para que a Coordenação de Defesa Judicial da PROFAZ informasse se houve decisão definitiva de mérito a favor do Fisco ou dos Impetrantes, e se a resposta fosse no sentido de que houve sentença definitiva com trânsito em julgado favorável aos impetrantes que este órgão se manifestasse se esta decisão afasta a exigência de retenção por parte do contribuinte substituto, ora autuado.

Em resposta, informa a CODEF – fl. 495 - que a empresa Atlântica teve uma ação declaratória julgada improcedente – Processo nº 4597336/95 - e uma ação de Mandado de Segurança – Processo nº 3999452/94, julgada procedente, ambas com sentenças já transitadas em julgado. Já a TRRCL, teve uma ação de Mandado de Segurança – nº 5087731/96, julgada improcedente, com sentença já transitada em julgado. Anexa documentos de fls. 491 a 518.

Em novo Parecer, a PROFAZ – fl. 526 – manifesta-se afirmando que há divergência de entendimento no Tribunal de Justiça da Bahia sobre o regime de substituição tributária, mormente com combustíveis, embora os tribunais superiores já tenham decidido favoravelmente ao regime por diversas vezes. Neste sentido, entende que deve ser constituído definitivamente o crédito tributário em discussão, encerrando-se o julgamento administrativo favoravelmente ao Estado por ser matéria pacífica neste colegiado, e após remetido os autos a este órgão para que se verifique se está suspensa ou não a cobrança deste crédito face a estas decisões.

VOTO

Inicialmente cabe consignar que o sujeito passivo apenas impugna em sede recursal as exigências do item 1, sub item 3 - relativo à falta de inclusão das parcelas relativas ao PIS/COFINS na base de cálculo do ICMS-ST, e a exigência imputada no item 2, que se reporta à falta de retenção do ICMS, na condição de contribuinte substituto, nas operações interestaduais de venda de combustíveis a contribuintes localizados neste Estado. As demais exigências fiscais não foram contestadas.

No que toca ao item 1, sub item 3 – razão não assiste ao recorrente ao querer ver modificado o Julgado quanto a esta exigência fiscal. Determinava o Convênio ICMS nº 105/92, vigente à época dos fatos geradores objeto da autuação, em sua Cláusula segunda, que a base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária é o valor da operação, *acrescido do valor de qualquer encargo transferível ou cobrado do destinatário*. Esta regra, geral em todos os casos de substituição tributária, foi a aplicada pelos autuantes, diante da sua não obediência pelo sujeito passivo. Os valores a título de PIS/COFINS não incluídos pelo recorrente na base de cálculo do ICMS-ST foram de fato encargos transferidos ao destinatário, já que através desta sistemática se exige de forma antecipada o imposto devido nas operações subsequentes até a última ao consumidor final, formando-se tal base de cálculo de forma a representar, o mais próximo possível, todos os valores agregados nas etapas de circulação do produto do industrial até o consumidor final. Desta forma, os valores pertinentes às contribuições em tela, por estarem presentes nestas etapas, tanto que cobrado do destinatário – posto revendedor – deve ser inclusa na base de cálculo do ICMS-ST.

Em relação ao item 2 da autuação, discordamos do opinativo último da PGE/PROFIS, pois entendemos que a este Colegiado cabe sim pronunciar-se quanto à questão suscitada pelo recorrente – ou seja, se a existência de liminar em mandado de segurança obstando a retenção do imposto por parte do contribuinte substituto afastaria sua responsabilidade sobre o recolhimento do ICMS – e não deixar para em um segundo momento, já em sede de inscrição em dívida ativa, a PGE/PROFIS pronunciar-se sobre a suspensão ou não da cobrança face a este fato, mantendo a autuação sem analisar as implicações decorrentes das decisões proferidas e seus efeitos diante da responsabilidade atribuída pela legislação tributária ao substituto.

Neste sentido, ficou patenteado nos autos, por informação da própria PGE/PROFIS através do seu setor de acompanhamento judicial, que em relação ao Mandado de Segurança impetrado pela empresa Atlântica Comércio de Combustíveis, através do Processo nº 3.999.452/94, houve sentença de mérito, com trânsito em julgado, que de forma definitiva, portanto, desobrigou-a de pagamento antecipado do ICMS através da retenção a ser feita pelo contribuinte substituto – o autuado. Não está a se falar, frise-se, de liminar - medida eminentemente provisória - mas de decisão definitiva, sem possibilidade de modificação, diante do seu trânsito em julgado.

Tal fato traz como consequência a impossibilidade de exigência por parte do Fisco do ICMS-ST do contribuinte substituto, por força do provimento jurisdicional definitivo favorável ao contribuinte substituído. Cabe, assim, ao Fisco, tão-somente a cobrança do imposto do contribuinte substituído – no caso a Atlântica – até porque a decisão judicial limitou-se a vedar o pagamento antecipado por retenção na fonte, mas não o recolhimento do tributo em outro momento pelo impetrante.

Aliás este Colegiado, já em outros julgamentos também entendeu incabível esta exigência em caso de decisão judicial definitiva, posicionamento diverso quando se trata de liminar, medida provisória, passível de cassação ou suspensão.

Em relação à empresa TRRCL, a ação por esta interposta não obteve o mesmo resultado, tendo sido proferida decisão, também definitiva - posto que transitada em julgado - desfavorável à pretensão do impetrante de não ter recolhido antecipadamente o ICMS pelo seu fornecedor, no caso o autuado. Assim, neste caso, cabe a exigência do ICMS-ST ao contribuinte substituto, por força da atribuição da responsabilidade disposta no Convênio supracitado, não afastada por provimento jurisdicional com força de definitividade.

Assim, diante das razões acima aduzidas, somos pelo PROVIMENTO PARCIAL do presente Recurso Voluntário, para que a Decisão Recorrida seja modificada quanto ao item 2 da autuação, reduzindo-se o débito inicialmente apurado neste item pela exclusão dos valores pertinentes à empresa Atlântica Comércio de Combustíveis.

VOTO DISCORDANTE

Discordo data vênua da ilustre Relatora quanto ao item 01 do Auto de Infração. O Convênio ICMS nº 105/92, cláusula segunda diz que, 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 vênua, 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 nº 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 1 do Auto de Infração.

Face o 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão Recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 2069600016/01-1, lavrado contra **PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$161.629,82**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos moratórios.

VOTOS VENCEDORES: Conselheiros (as) Sandra Urânia Silva Andrade, José Raimundo Ferreira dos Santos, Carlos Fábio Cabral Ferreira, José Carlos Barros Rodeiro e Helcônio de Souza Almeida.

VOTOS VENCIDOS - Conselheiros (as) José Carlos Boulhosa Baqueiro.

Sala das Sessões do CONSEF, em 28 de Julho de 2003.

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA - PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

JOSÉ CARLOS BOULHOSA BAQUEIRO – VOTO DISCORDANTE

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. PGE/PROFIS