

PROCESSO - A.I. Nº 279459.0001/02-0
RECORRENTE - TEXACO BRASIL LTDA. (TEXACO BRASIL S/A - PRODUTOS DE PETRÓLEO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0090-02/03
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 11/06/03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0304-11/03

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ÁLCOOL HIDRATADO E ÓLEO DIESEL. RETENÇÃO A MENOS POR ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infrações caracterizadas. No tocante ao direito aplicável, a matéria se encontra sub judice, em razão de concessão de Liminar em Mandado de Segurança. Mantido o lançamento do crédito tributário, para evitar a decadência do direito de efetuá-lo, ficando, contudo, suspensa a exigibilidade até a Decisão da lide no âmbito do Poder Judiciário. Correto e fundamentado o julgamento recorrido. Inexistência de fato ou fundamento capaz de modificar o julgado. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado 30/11/2002, para exigência de R\$61.685,63, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. Deixou de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento no valor de R\$53.938,51, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas de combustíveis e lubrificantes (álcool hidratado e óleo diesel) realizadas para contribuintes revendedores varejistas localizados neste Estado, relativo ao período de abril a dezembro de 1997, conforme demonstrativos às fls. 11 a 35;
2. Recolhimento a menor do ICMS no total de R\$ 7.747,12 por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e relacionadas nos Anexos 69 e 88 (álcool anidro), relativo aos meses de maio, junho e julho de 1997, conforme demonstrativo à fl. 198.

O autuado por seu representante legal, em seu Recurso Voluntário às fls. 235 a 245, após fazer menção e transcrever os dispositivos tidos como transgredidos, argüiu em preliminar a decadência dos valores decorrentes de fatos geradores ocorridos no período de 01/01/97 a 29/11/97, sob alegação de que não foi observado pelo autuante a regra ínsita no artigo 150, § 4º, do CTN, tendo, inclusive, citado lição de renomado tributarista, e a jurisprudência no âmbito do STJ sobre a decadência de tributos sujeitos ao regime do lançamento por homologação.

No mérito, o defensor aduz a improcedência da infração 1, sob o fundamento de que as vendas internas de óleo diesel a revendedores varejistas da Bahia encontram-se legalmente amparadas pela Cláusula Segunda do Convênio ICMS nº 31, de 21/03/97, do qual o Estado da Bahia é signatário, e que não é cabível a restituição ou cobrança complementar quando a operação

subsequente à cobrança do imposto, por substituição tributária se realizar com valor superior ou inferior a base de cálculo estabelecida pela Lei Complementar nº 87/96. Assevera que o citado dispositivo legal esteve em pleno vigor durante o período de 01/01/97 a 31/12/98, regulamentando as relações jurídicas dela decorrentes, cuja constitucionalidade foi declarada pelo Egrégio STF ao julgar a ADIN nº 1851-5, na qual o Secretario da Fazenda do Estado da Bahia é também parte requerida (doc.fl. 249/250), sendo a Petrobrás o único contribuinte do ICMS por substituição. Argüi a improcedência deste item da autuação, ressaltando que, de acordo com a legislação citada, em caso de operações com valor superior não cabe a restituição, e em sentido contrário, também descabe exigir complemento de imposto. Além disso, frisa que nas operações em discussão o contribuinte do ICMS a título de substituição tributária foi exclusivamente a Petrobrás como produtora do óleo díesel.

Quanto à infração 2, o autuado aduz que os recolhimentos de ICMS a título de antecipação nas aquisições de álcool anidro foram efetuados em perfeita harmonia às normas dispostas na Cláusula 2^a, parágrafo 8º combinado com o parágrafo 5º do Convênio ICMS nº 105/92. Impugnou os preços da gasolina “A” tomados pelo autuante, sob o argumento de que estão baseados em notas fiscais de fornecimentos da Refinaria, cujos valores encontram-se acrescidos de encargos financeiros, entendendo que o valor a ser considerado para o cálculo do ICMS nas operações deve ser somente o fixado para a gasolina “A”, conforme parágrafo 8º, da Cláusula Segunda do Conv. ICMS 105/92, qual seja, o valor publicado pela autoridade competente no Diário Oficial da União, sem qualquer encargo financeiro. Por conta desse argumento, o impugnante alega que a infração está descharacterizada por está baseada no disposto no artigo 371 do RICMS/97.

Por fim, requer que sejam declarados extintos os créditos fiscais decorrentes dos fatos geradores ocorridos no período de 01/01 a 29/11/97, em virtude da decadência do direito de o Estado poder constituir tais créditos, e no mérito, que seja julgado insubstancial o Auto de Infração por falta de fundamentação fática e legal.

O autuante em sua informação fiscal às fls. 257 a 258, rebate a argüição da decadência dos fatos relativos ao período de 01/01 a 29/11/97, dizendo que o AI foi registrado no dia 11/12/2002, e está em perfeita consonância com artigo 965, inciso I, do RICMS/97, que prevê que o direito da fazenda pública de constituir o crédito tributário, extingue-se no prazo de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte aquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Quanto ao mérito, o preposto fiscal, frisa que nos demonstrativos às fls. 157 a 158 encontra-se apresentado o débito por município, o qual, comparado ao relatório do contribuinte às fls. 36 a 156, resultou nas diferenças encontradas. Chama a atenção de que nas notas fiscais não está calculado o valor do ICMS da substituição tributária, cujo cliente é um posto de gasolina.

No tocante ao item 2, o autuante sustenta que o preço da gasolina tipo A constante às fls. 210 a 213 está em consonância com a Cláusula Segunda, parágrafo 8º, do Convênio ICMS 31/97, que reza que “a base de cálculo relativamente ao Álcool, será a soma do valor de aquisição desse produto, reduzido até o valor fixado para a gasolina A, no estabelecimento refinador, com os valores correspondentes a frete, seguro, impostos e outros encargos assumidos pelo adquirente, acrescida da parcela resultante da aplicação do percentual previsto na tabela III do Anexo I”.

A 2^a JJF do CONSEF, após analisar as peças processuais, fundamenta e prolatá o seguinte voto:

“Analiso a argüição de decadência do direito do fisco efetuar o lançamento do ICMS sobre fatos geradores relativos ao período de 01/01 a 29/11/1997, observo que não assiste razão ao autuado, pois o parágrafo único do artigo 173, do CTN deixa claro que o prazo definitivo para constituição do crédito tributário extingue-se após cinco anos contado da data em tenha sido iniciada a referida constituição pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento. No caso presente, o lançamento de ofício foi

constituído a partir do início da ação fiscal que se deu no dia 08/10/2002 com a Intimação para apresentação de livros e documentos (doc. fl. 7), e com a ciência do Auto de Infração no dia 04/12/02. Desse modo, o primeiro dia do exercício seguinte foi 01/01/1997, contando daí o prazo decadencial, incorrendo, assim, a alegada decadência do crédito tributário.

Quando ao mérito, a infração 1 refere-se a falta de retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas de combustíveis e lubrificantes (álcool hidratado e óleo diesel) realizadas para contribuintes revendedores varejistas localizados neste Estado, conforme demonstrativos às fls. 11 a 35.

Na análise das peças que instruem este item da autuação, verifica-se que não há como prosperar o argumento defensivo de que as operações encontram-se legalmente amparadas pela Cláusula Segunda do Convênio ICMS nº 31, de 21/03/97, e que a Petrobrás é o único contribuinte do ICMS por substituição, pois, na hipótese de operações com álcool hidratado e óleo diesel, a refinaria fazia a substituição tributária e o distribuidor era o responsável pela complementação de acordo com o município (Protocolo ICMS nº 10/96 e Convênio ICMS nº 31/97). No caso, nos demonstrativos às fls. 157 a 158, constata-se que as operações encontram-se especificadas por município, cujo débito apurado, comparado com o relatório do contribuinte às fls. 36 a 156, resulta nas diferenças que foram lançadas no Auto de Infração. Quanto a concessão de liminar em mandado de segurança através da ADIN nº 1851-5, entendo que tal concessão suspende a exigibilidade do crédito tributário até a Decisão final pelo Poder Judiciário, porém deve ser mantido o lançamento para evitar a sua decadência. Procede a autuação.

Quanto à infração 2, o débito refere-se a recolhimento a menos do ICMS, por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação.

O autuado impugnou os preços apurados no levantamento fiscal, sob alegação de que os preços da gasolina “A” tomados pelo autuante, estão baseados em notas fiscais de fornecimentos da Refinaria, cujos valores encontram-se acrescidos de encargos financeiros. De acordo com a Cláusula Segunda, parágrafo 8º, do Convênio ICMS nº 105/92 (alterada pelo Convênio ICMS 31/97), “a base de cálculo relativamente ao Álcool, será a soma do valor de aquisição desse produto, reduzido até o valor fixado para a gasolina A, no estabelecimento refinador, com os valores correspondentes a frete, seguro, impostos e outros encargos assumidos pelo adquirente, acrescida da parcela resultante da aplicação do percentual previsto na tabela III do Anexo I”. Portanto, na análise do demonstrativo à fl. 198, constata-se que o cálculo do débito deste item foi efetuado corretamente e está em consonância com a Cláusula Segunda, parágrafo 8º, do Convênio ICMS nº 105/92 acima transcrito, sendo devida a antecipação conforme previsto no artigo 371 do RICMS/97.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

O autuado inconformado com o resultado do julgamento realizado pela 2ª JJF do CONSEF, interpõe Recurso Voluntário quanto ao Acórdão JJF nº 0090-02/03.

Transcreve a Ementa do Acórdão recorrido e renova suas razões no tocante à preliminar de decadência do direito da SEFAZ constituir o crédito tributário desde quando a Decisão atacada fundamentou-se à luz do art. 173 do CTN, quando o aplicável à espécie é a regra do art. 150, § 4º do mesmo diploma legal.

Discrene sobre a questão e apresenta fundamentos embasadores das suas assertivas, repetindo razões já apresentadas na defesa.

Cita entendimentos dos mestres Vitório Cassone, Maria Eugênia Teixeira Cassone e Misael Abreu Machado, para a seguir transcrever três decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre a questão do prazo decadencial para constituição do crédito tributário.

Requer preliminarmente, em face da comprovação da questão prejudicial, o retorno dos autos ao agente fiscal autuante para que se proceda à exclusão dos fatos geradores ocorridos no período de 01/01/1997 a 29/11/97, por haver decaído o prazo para o Fisco Estadual lançar os créditos fiscais relativos a tais fatos geradores.

A seguir contesta integralmente à infração 1, argüindo a sua improcedência e ilegalidade na suposta falta de retenção e recolhimento do ICMS por substituição nas vendas internas de óleo diesel e álcool hidratado.

O Acórdão julgou Procedente esta infração a teor no disposto pelo Protocolo ICMS nº 10/96 e Convênio ICMS nº 31/97, afirmando que o recorrente era responsável durante o período fiscalizado, pela complementação de ICMS, além do imposto que já havia sido retido em etapa anterior pela refinaria.

Equivocado o entendimento pois, o Protocolo ICMS nº 10/96 visou disciplinar as operações interestaduais de combustíveis e lubrificantes entre os Estados de Alagoas, Bahia, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Piauí e Rio Grande do Norte, não guardando nenhuma relação com a hipótese dos autos que diz respeito a operações internas no Estado da Bahia.

A seguir transcreve a Cláusula Segunda do Convênio ICMS nº 13/97, para desconstituir a fundamentação inerente ao Convênio ICMS nº 31/97.

Afirma que durante o período autuado, de 01/01/97 a 31/12/97, a Cláusula Segunda citada, estava em pleno vigor a ADIN nº 1851-5, na qual o Secretário de Fazenda do Estado da Bahia, é também parte requerida, como se extrai da Decisão a seguir transcrita. (transcreve a Decisão).

Por ser totalmente equivocada a fundamentação da Decisão guerreada, pede que seja declarada a Improcedência da infração quanto a este item.

Da improcedência e ilegalidade da infração 2, do suposto recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, sobre as aquisições de álcool anidro em outras Unidades da Federação.

Para embasar sua afirmação de que tal infração vai de encontro às normas regulamentares que regem a questão, transcreve os parágrafos 1º e 8º da cláusula Segunda do convênio ICMS nº 105/92.

Os quais afirmam categoricamente que, havendo tabelamento de produto, “a base de cálculo será o montante formado pelo preço estabelecido pela autoridade competente para o remetente” e que “na hipótese em que o sujeito passivo por substituição, em relação à gasolina, for a refinaria de petróleo e, em relação ao álcool anidro, a distribuidora de combustível, a base de cálculo relativamente ao álcool anidro será a soma do valor de aquisição deste produto, reduzido até o valor fixado para a gasolina “A” do estabelecimento refinador”.

Portanto, não cabe outro entendimento senão o de que, o preço da “gasolina A” a ser tomado como ponto de partida para composição da base de cálculo do ICMS por antecipação, relativamente às aquisições de “álcool anidro” é exatamente o preço tabelado (divulgado em DOU) pelo Governo Federal, conforme discrimina, acrescido do percentual previsto na Tabela III do anexo I do Convênio ICMS nº 105/92.

Transcreve Parecer sobre a questão do Auditor Fiscal Pedro Gomes Carneiro, e mantém a sua impugnação quanto aos números consignados no Auto de Infração ora sob Recurso Voluntário, requerendo a conversão do julgamento em diligência, a fim de que sejam retificados os valores inerentes à infração 2, e finalmente que seja declarada totalmente insubstancial, haja vista os procedimentos do recorrente respeitam fielmente as normas que regulam a matéria, não se cogitando de falar em recolhimento a menos do ICMS.

Requer que seja acolhida a preliminar de decadência argüida, e pede o Provimento do Recurso Voluntário para que se julgue Improcedente o Auto de Infração. (Anexa documentação consubstancial das suas assertivas às fls. n^{os} 287 a 312).

A PROFAZ analisa a petição recursal, afirma que os argumentos trazidos são os mesmos já apresentados anteriormente, e que já foram apreciados pelo Acórdão recorrido.

Discrene sobre o procedimento fiscal, fundamenta que as infrações fiscais imputadas pelo autuante, estão claramente tipificadas e comprovadas mediante demonstrativos anexos ao PAF.

Salienta que a preliminar de decadência merece rejeição imediata nos exatos termos previstos pelo CTN, e opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Neste Recurso Voluntário concordo integralmente com o Parecer PROFAZ exarado as fls. n^{os} 315 e 316 deste processo, e com os fundamentos da Decisão recorrida.

Realmente o recorrente repete integralmente os argumentos apresentados anteriormente, e já apreciados pela 2^a JJF do CONSEF.

Quanto à preliminar de decadência argüida, para não me tornar repetitivo, o Auto de Infração foi encerrado em 04/12/02, com a respectiva ciência por parte do autuado. O prazo decadencial para o exercício de 1997 começaria a fluir a partir de 01.01.2003, caso o lançamento fiscal não tivesse sido iniciado, como previsto pelo CTN.

Por esta razão e concordando com o entendimento esposado pela 2^a JJF, rechaço a preliminar de decadência argüida.

Quanto à infração 1, pelos demonstrativos de débito apresentados pelo autuante à fl. 157, verifica-se que as operações glosadas encontram-se especificadas por município, cujo débito apurado em confronto com os demonstrativos do autuado às fls. 36 a 156, resulta nas diferenças reclamadas pelo procedimento fiscal. Logo, não há como considerarmos os argumentos defensivos de que as operações glosadas estavam amparadas pela Cláusula 2^a do convênio ICMS nº 31 de 21/03/97.

O fato citado em relação a ADIN nº 1851-5, deverá ser obedecido em relação à suspensão da exigibilidade do crédito tributário, até que seja prolatada Decisão final de mérito, porém, não obsta a SEFAZ/BA de fazer o lançamento do crédito e evitar a decadência.

Em relação à infração nº 2, ao analisarmos detalhadamente o demonstrativo exarado a fl. 198 deste processo, verificamos que o débito reclamado obedeceu aos ditames previstos pela Cláusula Segunda, parágrafo 8º, do Convênio ICMS nº 105/92 citado pelo autuado para embasar sua contestação, como também é devida a antecipação reclamada pelo previsto no artigo 371 do RICMS/BA de 1997.

Não vislumbrando neste processo fato ou fundamento capaz de alterar o julgado, e concordando também com os fundamentos da 2^a JJF do CONSEF e os da PROFAZ, voto pelo NÃO PROVIMENTO deste Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 279459.0001/02-0, lavrado contra **TEXACO BRASIL S/A PRODUTOS DE PETRÓLEO**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$61.685,63, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” e “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de junho de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

MAX RODRIGUEZ MUNIZ – RELATOR

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