

PROCESSO - A.I. Nº 206930.0001/03-5
RECORRENTE - PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JFJ nº 0147-04/03
ORIGEM - IFEP - DAT/METRO
INETERNET - 08.07.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0335-11/03

EMENTA: ICMS. **a)** SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Cabe ao remetente de combustível, situado em outra unidade da Federação, efetuar a retenção do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, relativamente às operações com esse produto, em favor da unidade da Federação onde estiver localizado o destinatário. **b)** IMPOSTO RETIDO A MENOS. Nas operações interestaduais realizadas com combustíveis destinados ao consumo dos adquirentes, a base de cálculo do imposto devido por substituição tributária é o valor da operação. Infrações caracterizadas. Correto e fundamentado o julgamento recorrido. Inexistência de fato ou fundamento capaz de alterar o julgado. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 08/01/03, exige ICMS, no valor de R\$ 428.295,34, em razão das seguintes irregularidades:

1. Deixou de proceder à retenção do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.
2. Procedeu a retenção a menos do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Por meio de patrono regularmente constituído, o autuado interpôs a defesa de fls. 421 a 427, com as alegações defensivas relatadas a seguir.

Em relação à infração 1, afirma que não assiste razão aos autuantes, pois recolheu o ICMS devido nas operações em questão, no momento da saída do produto, conforme comprovam as cópias das notas fiscais anexadas às fls. 430 a 432. Diz que, se prevalecer o posicionamento do fisco, haverá uma bitributação, uma vez que o imposto foi destacado e recolhido, sendo que os autuantes não verificaram a mensagem constante no campo de observações das notas fiscais.

Quanto à infração 2, o autuado reconhece como devido o ICMS exigido nas operações com álcool carburante, no valor de R\$ 13.586,56, e impugna a exigência fiscal relativamente às operações com óleo diesel e com gasolina.

Referindo-se às operações com gasolina, o autuado assevera que os seus cálculos do ICMS estão de acordo com o previsto nos Convênios ICMS nºs 105/92 e 03/99. Explica que o Convênio ICMS 03/99, em sua cláusula terceira, combinada com o § 1º, cujo teor transcreve, prevê que, na falta de

preço máximo, ou único de venda a consumidor, fixado por autoridade competente, e na ausência de preço estabelecido por autoridade competente para o substituto tributário, a base de cálculo do ICMS nas operações interestaduais era o valor da operação. Assegura que, como no período considerado não havia preço fixado por autoridade pública, a base de cálculo foi apurada considerando os elementos previstos na cláusula terceira do Convênio ICMS nº 03/99, quais sejam: valor da operação, frete, seguro, impostos e demais encargos. Salienta que, nas vendas a revendedores, a base de cálculo apurada foi maior que o preço praticado nas operações, não havendo portanto como se falar em base de cálculo a menor. Afirma que a cobrança do ICMS-ST não contempla como base de cálculo o valor da operação própria, mas tão somente o valor da operação antecedente, conforme a cláusula terceira do Convênio ICMS nº 03/99. Frisa que nesse particular as disposições desse Convênio, o qual foi referendado pelo Estado da Bahia, devem prevalecer sobre o disposto no art. 8º, I, da Lei Complementar nº 87/96.

No que tange às operações com óleo diesel, o autuado assegura que calculou corretamente a base de cálculo, cumprindo o previsto no “caput” da cláusula terceira do Convênio ICMS nº 03/99, uma vez que, até julho de 2001, essa mercadoria tinha o chamado “preço tabelado”.

Prosseguindo em sua defesa, o autuado afirma que recolheu o imposto corretamente, pois aplicou a MVA sobre a base de cálculo prevista nos Convênios ICMS nºs 105/92 e 03/99. Frisa que a aplicação de metodologia distinta, por meio de Auto de Infração, não pode retirar a segurança jurídica que o autuado gozava ao cumprir o previsto nos citados Convênios, os quais foram aprovados pelo CONFAZ e tiveram a adesão do Estado da Bahia. Alega que não foi fundamentada, contábil e legalmente, a exigência tributária. Ressalta que não se computou, na base de cálculo da operação, o valor referente ao ICMS “próprio” do autuado, pois as operações subseqüentes estão amparadas pela não incidência prevista no art. 155, § 2º, X, “b”, da Constituição Federal, cujo teor transcreve. Ao final, solicita que o Auto de Infração seja declarado insubsistente, exceto no que tange ao produto álcool carburante.

Na informação fiscal (fls. 444 a 446), os autuantes afirmam que, em relação à infração 1, os documentos acostados pela defesa não comprovam a efetiva retenção e recolhimento do ICMS, pois não possuem destaque do imposto. Dizem que, no corpo dos documentos, há a informação de que o ICMS-ST foi destacado em notas fiscais de simples remessa, porém os referidos documentos não informam os números das notas fiscais de simples remessa, a data de emissão e os valores e, além disso, o autuado não anexou cópia delas ao processo.

Quanto à infração 2, os autuantes explicam que a irregularidade consiste em retenção a menos do imposto, em virtude de erro na determinação da base de cálculo, nas vendas de combustíveis para o consumo de contribuintes localizados na Bahia. Dizem que, nesse caso, a base de cálculo deveria ter sido o valor da operação, como dispõe o § 6º da cláusula segunda, do Convênio ICMS nº 105/92, e a cláusula quarta do Convênio ICMS nº 03/99. Aduzem que essas disposições foram recepcionadas pelo Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 6284/97, (RICMS-BA/97). Como exemplo do procedimento incorreto do autuado, citam as Notas Fiscais nºs 154.248 (fl. 92), 208.191 (fl. 96) e 149.641 (433). Ressaltam que o autuado não contestou os valores do levantamento fiscal, limitando-se a alegar que procedia corretamente.

Ao encerrar a informação fiscal, os autuantes solicitam a procedência do Auto de Infração.

A 4ª JJF do CONSEF, após analisar as peças processuais, fundamenta e prolata o seguinte voto:

“Visando elidir a acusação que lhe foi feita na infração 1, o autuado alega que recolheu o imposto em questão no momento da saída das mercadorias. Como prova da veracidade de sua alegação, anexou fotocópia das Notas Fiscais de nºs 174.339, 178.729, 177.620 (fls. 430 a 432).

Ao analisar as notas fiscais apresentadas pelo autuado, constato que as mesmas, por si só, não comprovam a retenção e recolhimento do tributo, pois elas não possuem o destaque do imposto. Efetivamente, no corpo das notas fiscais apresentadas, há a observação de que o ICMS foi destacado nas notas fiscais de simples remessa, porém o autuado não apresentou as notas fiscais de simples remessa para comprovar a sua alegação. Ademais, como bem ressaltaram os autuantes, nas notas fiscais apresentadas, não constam o número, a data e o valor da nota fiscal de simples remessa, o que põe por terra o argumento defensivo.

Em face do comentado acima, entendo que a infração está devidamente caracterizada e que são devidos os valores nela exigidos.

Na infração 2, o autuado é acusado de ter retido e, em consequência, recolhido a menos o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativamente às operações subsequentes, nas vendas de álcool carburante, óleo diesel e gasolina para o consumo de contribuintes localizados no Estado da Bahia. Em relação às operações com álcool carburante, o autuado reconheceu que era devido o imposto exigido na autuação, portanto resta em lide apenas a exigência fiscal relativamente às operações com óleo diesel e gasolina.

Em sua defesa, o autuado alega que procedeu em conformidade com o previsto na cláusula terceira, combinado com o § 1º, do Convênio ICMS 03/99. Todavia, esse argumento defensivo não pode prosperar, pois, nas operações interestaduais de álcool carburante, óleo diesel e gasolina destinados ao consumo de contribuintes, a base de cálculo do imposto deve ser apurada em conformidade com o disposto na cláusula quarta do Convênio ICMS nº 03/99, qual seja:

Cláusula quarta: Nas operações interestaduais realizadas com mercadorias não destinadas à industrialização ou à comercialização, a base de cálculo é o valor da operação, como tal entendido o preço de aquisição pelo destinatário.

Ao confrontar as notas fiscais anexadas pelos autuantes (fls. 92 a 96) e pelo autuado (fls. 433 a 441) com os Anexos II e III (fls. 114 a 431), constato que está caracterizada a retenção a menos do ICMS. Ressalto que, em algumas das operações citadas pelo autuado, o imposto foi retido a mais (Nota Fiscal nº 149.675, fls. 435/317) e em outras foi retido corretamente (Notas Fiscais nºs 196.192, fls. 437/212; 231.643, fls 438/420; 231.642, fls 439/296), todavia, ao apurar o montante devido em cada mês, o valor retido a mais terminou sendo abatido das retenções efetuadas a menos, uma vez que o débito exigido pelos autuantes é a diferença entre o “ICMS ST a Ser Informado Mensal” e o “Valor Informado Mensal”, conforme demonstrado às fls. 116, 124, 131, 139, 145, etc.

De acordo com o disposto acima, entendo que os autuantes apuraram as bases de cálculo do imposto referente às operações arroladas na autuação de acordo com a legislação tributária pertinente. Assim, na presente autuação, foi respeitado o disposto no citado Convênio e foi garantida ao autuado a segurança jurídica que ele gozava, estando a autuação devidamente fundamentada. Considero, portanto, caracterizada a infração, pelo que mantenho a autuação.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

O autuado inconformado com o resultado do julgamento realizado, interpõe Recurso Voluntário quanto ao Acórdão JF nº 0147-04/03.

Comenta a infração nº 1 que lhe foi imputada e sua fundamentação legal, para a seguir afirmar que não assiste razão ao fisco baiano, pois, ao contrário do que afirma o autuante, houve o recolhimento do ICMS devido pela operação, no momento da saída do produto, consoante se verifica das cópias das notas fiscais que seguiram em anexo.

Se prevalecer o entendimento da fiscalização baiana, ocorrerá bitributação pois, o tributo foi destacado e recolhido por ocasião da remessa do produto, sendo que os fiscais não verificaram as mensagens constantes nos campos de observações das notas fiscais. A seguir transcreve a infração 2 nas três hipóteses configuradas, e os respectivos dispositivos fiscais ditos infringidos. Em relação ao item "a" da infração 2, referente ao produto Álcool Carburante, optou pelo pagamento do valor cobrado pelo Auto de Infração no valor de R\$10.770.00.

Porém, em relação aos produtos Óleo Diesel e Gasolina, não procedem às alegações de que teriam ocorrido retenções a menos do ICMS, por erro na determinação da base de cálculo, como ficará demonstrado.

Transcreve a Cláusula Terceira do Convênio nº 03/99 para comprovar que a base de cálculo da gasolina foi calculada corretamente, de acordo com a sistemática vigente à época dos Convênios 105/92 e 03/99.

Salienta que no caso de venda da gasolina a revendedores, ocorreu uma base de cálculo do ICMS superior ao preço praticado nas operações, não sendo possível falar-se em base de cálculo a menor nestas hipóteses.

Em relação ao produto Óleo Diesel, assegura que calculou corretamente a base de cálculo, cumprindo rigorosamente o previsto pelo "caput" da Cláusula Terceira do Convênio ICMS nº 03/99, que determina ser à base de cálculo o preço máximo ou único de venda a consumidor, fixado por autoridade competente, no caso a ANP.

Obviamente não pode pretender a SEFAZ do Estado da Bahia que seja aplicada metodologia distinta da prevista nos Convênios ICMS nºs 105/92 e 03/99, que são normas especiais em relação à matéria tributária, em relação aos quais esse mesmo Estado optou por aderir.

Portanto, ao aplicar a Margem de Valor Agregado (MVA), correspondente à operação, sobre a base de cálculo que os próprios Convênios determinavam, o autuado recolheu o imposto devido corretamente.

Entretanto, apesar disso, depara-se o recorrente com um Auto de Infração sugerindo que o recolhimento foi a menor, sem que ao menos se fundamente, contábil e legalmente, o porquê do questionamento.

Transcreve o art.155,§ 2º, X, "b", da Constituição Federal para acrescentar que não se computou na base de cálculo da operação, o valor referente ao ICMS "próprio" da recorrente, pois as operações subsequentes encontravam-se acobertadas pela não incidência prevista no artigo transcrito.

A seguir argúi a nulidade deste lançamento fiscal em razão de que a cobrança de acréscimos moratórios, que se presume corresponder a juros moratórios, não tem qualquer respaldo legal no ordenamento tributário.

Cita o artigo 142 do CTN para consubstanciar sua assertiva, e afirmar que não merece prosperar a pretensão creditícia do Estado, por falta de previsão legal, bem como da respectiva fundamentação no Auto de Infração, o que viola o princípio da legalidade, bem como o direito da ampla defesa do recorrente.

Encerra requerendo a insubsistência do presente Auto de Infração em sua totalidade, bem como a anulação do lançamento no que toca aos acréscimos moratórios, por falta de previsão legal.

A PGE/PROFIS analisa as razões recursais, afirma que as mesmas já constam na defesa anteriormente apresentada, e que foram analisadas pelo julgamento recorrido. Não vislumbra elementos que possam levar a reformulação do Acórdão recorrido, pois, as razões oferecidas pela

recorrente são inócuas e inaptas para proporcionar a modificação do julgamento. Opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Neste Recurso Voluntário concordo integralmente com o opinativo da PGE/PROFIS exarado às fls. 478 e 479 deste processo.

Além das razões oferecidas já terem sido apreciadas pelo julgamento recorrido, a arguição de nulidade do lançamento fiscal no que tange a cobrança dos acréscimos moratórios, não tem sentido nem fundamentação correspondente pois os acréscimos moratórios estão previstos em lei, e não nos cabe neste momento discutir ou analisar a sua legalidade. Rechaço esta preliminar levantada.

Quanto ao mérito da infração 1, a 4ª JJF declarou em seu voto, o qual, consta deste relatório, que as notas fiscais apresentadas pelo autuado, por si só, não comprovaram a retenção e recolhimento do tributo reclamado. Cabia ao recorrente neste momento comprovar devidamente o recolhimento reclamado.

Em relação à infração 2, o julgamento recorrido detalhou quais as notas fiscais nas quais o imposto foi retido a mais, mas o imposto foi retido corretamente, e o valor apurado do montante devido a cada período mensal quando as retenções a mais foram absorvidas pelas retenções a menor, restando um saldo negativo reclamado pelo Auto de Infração. As disposições previstas nos Convênios ICMS citados foram respeitadas, estando as imputações fiscais respaldadas pela legislação vigente, não logrando o recorrente em nenhum momento comprovar algum equívoco cometido pelos autuantes. Por conseguinte, não vislumbrando neste recurso fato ou fundamento que possa alterar o julgado, concordo com os fundamentos esposados pela 4ª JJF e também pela PGE/PROFIS, para votar pelo NÃO PROVIMENTO deste Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **206930.0001/03-5**, lavrado contra **PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$428.295,34**, 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, 26 de junho de 2003.

ANTÔNIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

MAX RODRIGUEZ MUNIZ – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS