

**A. I. N°** - 206930.0001/03-5  
**AUTUADO** - PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A.  
**AUTUANTES** - NIWTON DE BARROS MACEDO e OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA  
**ORIGEM** - IFEP-DAT/METRO  
**INTERNET** - 06. 05. 2003

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF N° 0147-04/03**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** 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. Auto de Infração **PROCEDENTE**. 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 a 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 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.

## 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 subseqüentes, 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.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206930.0001/03-5**, lavrado contra **PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A.**, devendo ser intimado o autuado 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 correspondentes.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de abril de 2003.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR