

A. I. Nº - 269274.1202/03-5  
AUTUADO - ESSO BRASILEIRA DE PETROLEO LIMITADA.  
AUTUANTE - JOSÉ LUIZ OLIVEIRA MACEDO  
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL  
INTERNET - 20.04.04

**1<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0124/01-04**

**EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. BASE DE CÁLCULO. IMPOSTO RETIDO A MENOS.** A base de cálculo tomada pelo autuado não atende a orientação das Portarias DNC 67/97 e Interministerial nºs 4/98 e 323/98, vigentes à época da ocorrência dos fatos. Infração caracterizada. Arguição de decadência não acolhida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração lavrado em 18/12/2003 exige imposto no valor de R\$ 18.290,95, por ter, o contribuinte, efetuado a retenção a menos na complementação do ICMS devido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às operações subsequentes, nas vendas de combustíveis e lubrificantes para contribuintes localizados neste Estado.

Contribuinte realizou os cálculos da complementação baseado no preço máximo da bomba que tem valor menor do que o preço máximo fixado para o município destinado através de Portarias do DNC (1998) e Interministerial. No cálculo foi levado em conta o preço máximo a varejo do óleo diesel para o município destinatário consumidor, conforme planilha no Anexo I do PAF, no período de janeiro a dezembro de 1998.

O autuado, às fls. 49 a 56, através de seu representante legalmente constituído, apresentou defesa alegando preliminar de decadência sob o fundamento de que a luz dos art. 150, § 4º e 173, II do CTN, ocorreu a decadência por parte da Fazenda Estadual, de se constituir o crédito tributário, a exceção do mês de dezembro, por ter completado o quinto ano em dezembro de 2003, época em que foi lavrado o Auto de Infração. Transcreveu o art. 150, § 4º do CTN.

Alegou que a Confederação Nacional do Comércio - CNC promoveu a Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIN nº 1851-5, tendo como objeto a cláusula segunda do Convênio 13/97. Que de acordo com a decisão dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADIN supracitada, o imposto recolhido com base no regime de substituição tributária é definitivo, não comportando complemento ou restituição, a não ser para os casos em que o fato gerador presumido não tenha ocorrido.

Protestou dizendo que a ADIN foi ajuizada pelo próprio Poder Público, e que exigir complemento de ICMS na situação em análise, resulta em verdadeiro contra-senso. Que o crédito tributário segue em desacordo com a decisão do STF, sendo descabida a complementação por parte do autuado e ou restituição por parte da Fazenda.

Alegou ser equivocada a interpretação do autuante em relação ao art. 512 do RICMS/97. Transcreveu o inciso II e § 4º, I, "b", 1 do artigo acima citado, dizendo que a legislação baiana confere ao Ministério das Minas e Energias e da Fazenda, a fixação, por meio de Portaria Interministerial, o preço máximo ou único de venda do diesel à consumidor.

Protestou dizendo que o autuante não atentou para a regra prevista no § 2º da Portaria Interministerial nº 152 de 23/06/99, que estabelece redução do preço máximo de venda de óleo

diesel nos postos revendedores situados fora da sede do município, em valor igual a R\$ 0,0040/L a cada 20 KM percorrido, a partir da sede do município, no sentido da base supridora. Concluiu dizendo que se tivesse sido observado tal redução não haveria divergência de valor, uma vez que procedeu ao cálculo do imposto, exatamente, nos termos da Portaria nº 152.

Requeru nulidade da autuação por entender ter decaído o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, relativo ao período de janeiro a novembro de 1998 e, no mérito julgar insubstancial o Auto de Infração. Ainda, protestou por todos os meios de prova em direito admitidos, no tocante a metodologia de cálculo aplicada pelo autuante.

O autuante, às fls. 71 a 73, na sua informação fiscal, transcreveu o art. 173, I, II, e Parágrafo único, do CTN esclarecendo que consta a mesma redação no art. 965 do RICMS/BA. Assim, o crédito tributário constituído em 18/12/03, referente ao exercício de 1998 é perfeitamente legal e legítimo, não se aplicando a decadência alegada pelo autuado.

Que em relação a ADIN, informou ser a legislação baiana obediente à Constituição Federal e que não existe dúvida quanto a ação fiscal. No texto no Auto de Infração foi citado o preço máximo fixado para o município destinatário, através de Portarias do DNC e Interministerial, além do Anexo I que contém as planilhas demonstrativas, a folha informativa da legenda utilizada nas planilhas e cópias de algumas notas fiscais, assim como cópia de tabela com os preços máximos de vendas ao consumidor final de óleo diesel.

Esclareceu que os lançamentos “ex-ofício” correspondem ao complemento de ICMS pela falha na determinação a menos da base de cálculo do imposto revista na substituição tributária por retenção, e não, pela ocorrência da operação final em valor superior ao presumido na época da substituição tributária.

Informou não existir equívoco na interpretação fiscal. Que o autuado reproduziu em parte o art. 512. O citado artigo é bastante claro quando explica sobre a definição da base de cálculo do ICMS na substituição tributária por retenção nas saídas de combustíveis derivados de petróleo. Que não foi levada em conta apenas a Portaria Interministerial nº 152, e sim, todas as portarias enumeradas na folha 24 dos autos. E, quanto à redução ou acréscimo referido no § 2º da Portaria Interministerial 152, não cabe sua aplicação, uma vez que todos os postos revendedores estão situados na sede do município identificado na planilha anexa, assim como nas cópias das notas fiscais exemplificativas.

Manteve seu posicionamento.

## VOTO

Rejeitada a preliminar de nulidade suscitada pelo impugnante.

No tocante ao prazo decadencial para o Estado exigir o imposto, o crédito tributário foi constituído em 18/12/03, referente ao exercício de 1998.

O art. 173, I do CTN, incorporado à Lei Estadual nº 3.956/81 e ao RICMS/97 através do seu art. 965, I determina que:

*Art. 173 - O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:*

*I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;*

Assim, a legislação tributária do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, não podendo ser argüida a determinação do art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação. Os créditos constituídos foram relativos ao exercício de 1998, ou seja, os fatos geradores só seriam desconstituídos se o lançamento tributário ocorresse a

partir do dia 01/01/2004.

No mérito, a discussão gira em torno do valor da base de cálculo para efeito da cobrança do imposto devido, na condição de contribuinte substituto. O sujeito passivo alegou ser descabida a diferença cobrada e que estaria havendo interpretação equivocada por parte do autuante, em relação ao art. 512 do RICMS/97, uma vez que a legislação baiana confere ao Ministério das Minas e Energias e da Fazenda, a fixação, por meio de Portaria Interministerial, o preço máximo ou único de venda do diesel a consumidor.

O autuante esclareceu que o lançamento do crédito tributário diz respeito a diferença a menos da base de cálculo do imposto prevista na substituição tributária por retenção, uma vez que o autuando deixou de adotar como base de cálculo o preço máximo fixado para o município destinatário, como previsto no art. 512 do RICMS/97, ou seja, o indicado nas Portarias do DNC e Interministerial apontadas no Auto de Infração.

No tocante a interpretação do disposto no art. 512 do RICMS/97, vigente à época dos fatos, diz o seguinte: (o art. 512 e seus dispositivos foram revogados pela alteração 13 – Decreto nº 7691/99).

*“Art. 512. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, nas operações com os combustíveis, os lubrificantes e os produtos químicos a seguir especificados, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas saídas que efetuarem, para fins de antecipação do recolhimento do tributo relativo à operação ou operações subsequentes, a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado.*

*§ 4º. Para definição da base de cálculo a ser adotada para fins de substituição ou antecipação tributária, nas operações com os produtos especificados neste artigo, observar-se-á o seguinte:*

*I – havendo fixação do preço máximo ou único de venda a consumidor pela autoridade federal competente:*

*a) sendo as operações realizadas por estabelecimento industrial refinador, a base de cálculo é:*

*I – nas saídas de combustíveis líquidos derivados de petróleo, o menor preço de venda a consumidor fixado para o Estado da Bahia pela autoridade federal competente;*

*2 - ...*

*b) sendo as operações realizadas por estabelecimento distribuidor, a base de cálculo é:*

*I – nas saídas de combustíveis derivados de petróleo, a diferença entre o preço máximo de venda a varejo fixado pela autoridade federal competente para o Município destinatário consumidor e o previsto no item I da alínea anterior;*

*(...)”*

O sujeito passivo ao fazer o cálculo do imposto a ser retido por antecipação tributária, levou em conta o preço da bomba, nos postos revendedores. Argumentou que o autuante deveria ter considerado o preço máximo previsto nas citadas Portarias, observando a redução em valor igual a R\$ 0,0040/L a cada 20 KM percorrido, nos casos de venda do óleo diesel aos postos revendedores situados fora da sede do município.

Não prospera a alegação do autuado quanto a redução do valor fixado através das Portarias Interministerial, haja vista que os postos revendedores de óleo diesel estão situados na sede do

município. Assim, o autuante, corretamente, tomou como base de cálculo o preço máximo fixado pela autoridade federal competente, através das Portarias DNC nº 67, de 30/12/97; Interministerial nº s 04, de 27/07/98 e nº 323, de 30/11/98, vigente à época da ocorrência dos fatos, com determina o RICMS/96, no seu art. 512, a venda de óleo diesel nos postos revendedores.

Diante de todo o exposto, concluo que deva ser mantida a autuação.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269274.1202/03-5, lavrado contra **ESSO BRASILEIRA DE PETRÓLEO LIMITADA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 18.290,95**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de abril de 2004.

CLARICE ANÍZIA MAXIMO MOREIRA – PRESIDENTE-RELATORA

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA