

A.I. Nº - 206941.0001/04-8
AUTUADO - TEXACO BRASIL LTDA.
AUTUANTE - CLEUDES CERQUEIRA DE FREITAS
ORIGEM - COFEP NORTE
INTERNET - 25.11.04

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0446-02/04

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS COM ÁLCOOL ETÍLICO HIDRATADO. FALTA DE COMPROVANTE DO PAGAMENTO DO IMPOSTO NO ESTADO DE ORIGEM. Nas operações com álcool hidratado provenientes de usinas, destilarias ou importadores, localizados em Estados signatários do Protocolo ICMS nº 19/99, o imposto fica diferido para o momento em que ocorrer a entrada da mercadoria na distribuidora. A utilização do crédito fiscal deverá estar respaldada em GNRE, comprobatória do pagamento do imposto diferido ao Estado de origem. Diligência exclui valores indevidamente incluídos no lançamento. Infração parcialmente elidida. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADOS A MENOS. a) [NÃO INCLUSÃO, NA BASE DE CÁLCULO DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, DOS VALORES RELATIVOS AO PIS E À COFINS.] Os critérios a serem observados no cálculo do ICMS pelo regime de substituição tributária por antecipação (substituição tributária progressiva) encontram-se na alínea “b” do inciso II do art. 23 da Lei nº 7.014/96, que manda que se adicionem as parcelas relativas ao montante dos valores de seguro, frete, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço. Na expressão “outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes” estão compreendidos quaisquer tributos, inclusive contribuições, cuja responsabilidade pela cobrança seja atribuída por lei ao emitente do documento fiscal em que seja materializado o negócio jurídico. A regra da lei supramencionada tem por matriz o art. 8º, II, “b”, da Lei Complementar nº 87/96. Não foram os Convênios ICMS 3/99 e 138/01 que introduziram a regra da inclusão dos aludidos valores na base de cálculo da substituição tributária, haja vista que se trata de matéria de reserva legal, e convênio não é lei. Os aludidos convênios apenas chamam a atenção para o que já está na lei ordinária, que repete regra da lei complementar. Mantido o lançamento. b) [PORTARIA MINISTERIAL. MENOR PREÇO MÁXIMO DE ÓLEO DIESEL PRATICADO NOS MUNICÍPIOS. DIFERENÇA ENTRE O MAIOR E O MENOR VALOR PRATICADO]. Pelo que consta nos autos, a diferença objeto da ação fiscal é prevista no § 4º do

art. 512-B do RICMS/97. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/3/04, diz respeito aos seguintes fatos:

1. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente às aquisições de álcool hidratado procedente de outros Estados, sujeitas ao regime de diferimento, com destaque do imposto nas Notas Fiscais mas sem o comprovante do recolhimento, sendo glosado o crédito no valor de R\$ 311.994,77, com multa de 60%;
2. retenção e recolhimento de ICMS efetuados a menos, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas de álcool etílico hidratado carburante, sendo lançado tributo no valor de R\$ 83.922,20, com multa de 60%;
3. retenção e recolhimento de ICMS efetuados a menos, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas de óleo diesel, sendo lançado tributo no valor de R\$ 10.545,45, com multa de 60%.

O contribuinte apresentou defesa falando da legislação atinente à matéria em discussão no item 1º do Auto de Infração. Mostra que o item 5.2 da letra “c” do inciso III do art. 511 do RICMS/97, com a redação dada pelo Decreto nº 7.725/99 para harmonizar o texto regulamentar com o Protocolo ICMS 19/99, prevê que o destinatário de álcool hidratado se credite do imposto à vista da GNRE nas operações que envolvam os Estados do Acre, Alagoas, Amapá, Ceará, Maranhão, Pará, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte, Rondônia, Roraima e Sergipe. Desse modo, devem ser excluídos do item 1º os valores relativos às operações com os Estados de Mato Grosso do Sul e Minas Gerais. Também pede que seja excluída a parcela relativa à Nota Fiscal 3084 da Texaco, por se tratar de operação interna de transferência entre estabelecimentos da empresa. Quanto às demais operações, que dizem respeito ao álcool procedente do Estado de Alagoas, a defesa faz ver que todas elas, sem exceção, foram efetuadas sem o diferimento do imposto, em consequência de ordens judiciais exaradas pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública do Estado e Alagoas e do MM. Juiz Plantonista da Comarca de Maceió nos autos dos Mandados de Segurança nº 2063-0/2000 e 914-9/2000, objeto dos Ofícios nº 62/2000 e 43/2000, respectivamente (cópias anexas), conforme foi consignado pelos fornecedores nas Notas Fiscais, cujas cópias são juntadas. Aduz que acerca desse fato a empresa foi formalmente notificada da concessão de liminar nos autos dos mencionados Mandados de Segurança, concedidos em favor das empresas CopertTrading Comércio Exportação e Importação S.A., Usina Caeté S.A., Laginha Agro Industrial S.A. e Cia. Açucareira Norte de Alagoas, no sentido de que tais empresas se encontravam amparadas judicialmente para efetuarem suas operações de saídas de álcool etílico hidratado carburante sem a observância do diferimento e da substituição tributária ordenada, conforme cópias anexas, de modo que o seu estabelecimento foi impingido a cumprir as referidas decisões judiciais sob pena de crime de desobediência. Argumenta que o fisco baiano não pode exigir que a empresa contrarie decisão judicial. Frisa que não houve falta de pagamento do imposto porque o álcool adquirido das usinas do Estado de Alagoas portadoras de liminares não veio com diferimento do tributo, sendo que ao ser revendido aos postos de combustíveis do Estado da Bahia foram submetidos à tributação do ICMS, não só quanto ao chamado imposto normal, como também do imposto devido por substituição, de modo que não há razão para se dizer que houve crédito indevido nas aquisições. Acentua que o crédito foi utilizado com fundamento no art. 93, I, “a”, do RICMS/97. Conclui assinalando que o débito lançado no item 1º do Auto de Infração é totalmente improcedente.

Quanto ao item 2º, que diz respeito a imposto que teria sido retido a menos, nas operações com álcool hidratado, a defesa diz que a diferença apurada é referente aos valores do PIS e da COFINS devidos pelos postos revendedores, que no entender do fisco deveriam integrar a base de cálculo

“presumida” no cálculo da substituição tributária. Observa que o § 1º da cláusula segunda do Convênio ICMS 105/92, com a redação dada pelos Convênios ICMS 28/96 e 31/97, cujas normas foram incorporadas à legislação baiana, ao cuidar dos critérios a serem observados para fins de substituição tributária, não previa a obrigação de serem incluídos na base de cálculo presumida do ICMS os valores do PIS e da COFINS. A defesa observa que o art. 8º da Lei Complementar nº 87/96 também não dá guarida à pretensão do fisco. Aduz que a previsão da inclusão de tributos na composição da base de cálculo do ICMS para fins de substituição tributária somente passou a existir com o advento do Convênio ICMS 3/99, mas observa que o § 1º da cláusula segunda fala da inclusão de “impostos”, o que significa que as “contribuições” não foram contempladas por tal dispositivo. A previsão da inclusão do PIS e da COFINS na base de cálculo do ICMS a ser antecipado somente integrou o mundo jurídico após a publicação do Convênio ICMS 138/01, que veio alterar significativamente as regras do Convênio ICMS 3/99, dentre elas a que manda incluir na base de cálculo presumida do ICMS, além dos valores correspondentes a frete, seguro e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, os relativos a “tributos e contribuições”. Em face dessas considerações, a defesa conclui que as “contribuições” (a exemplo do PIS e da COFINS) somente passaram a ser componentes da base de cálculo da substituição tributária do ICMS após o Convênio ICMS 138/01, que passou a viger a partir de janeiro de 2002, de modo que a autuação objeto do item 2º deste Auto de Infração é improcedente.

Relativamente ao item 3º, que cuida de ICMS retido a menos nas operações internas de óleo diesel, a defesa diz que o fulcro básico da autuação consiste no fato de o fiscal considerar que a empresa não teria levado em conta, para efeito da base de cálculo da substituição tributária, o preço máximo do óleo diesel, fixado pela autoridade competente para cada município, entendendo que o referido preço deveria ser complementado. O contribuinte alega que agiu em conformidade com a orientação do Convênio ICMS 13/97, que harmonizou o procedimento referente à aplicação do § 7º do art. 150 da Constituição e do art. 10 da Lei Complementar nº 87/96. Chama a atenção para o fato de que, nos termos da cláusula segunda do supracitado Convênio ICMS 13/97, do qual a Bahia é um dos signatários, não caberá restituição ou cobrança complementar do ICMS quando a operação subsequente à cobrança do imposto por substituição tributária se realizar com valor inferior ou superior àquele estabelecido com base no art. 8º da Lei Complementar nº 87/96. A defesa realça que, durante o período autuado, qual seja, de janeiro de 2000 a dezembro de 2001, a cláusula segunda do referido convênio esteve em pleno vigor, regulamentando as relações jurídicas em análise, sendo que aquela cláusula teve sua constitucionalidade declarada pelo STF ao julgar a ADIN nº 1851-5, na qual o Secretário da Fazenda do Estado da Bahia foi, também, parte requerida, como se extrai da decisão do acórdão cuja cópia se encontra anexa aos autos, já transitada em julgado desde 9/5/03. Conclui que, em face do que foi exposto, não há razão para se dizer que a empresa deixou de reter e recolher ICMS relativamente às operações com óleo diesel, haja vista que, em caso de operações com valor superior, não cabe a restituição pelo Estado, do mesmo modo que não se pode exigir complemento em caso contrário. Aduz que, nas operações em discussão, o responsável pelo tributo a título de substituto tributário foi, e continua sendo, exclusivamente a Petrobrás, que é a produtora de óleo diesel.

Pede que o Auto de Infração seja julgado insubsistente.

O fiscal autuante prestou informação comentando os termos do art. 511, III, “c”, do RICMS/97, que corresponde a disposição acordada no Protocolo ICMS 19/99 pelos Estados mencionados na referida alínea. Considera que o aproveitamento do crédito fiscal, na situação em exame, em face do dispositivo assinalado, está submetido a uma condição suspensiva, pois somente após o recolhimento do ICMS deferido é que o contribuinte faz jus ao direito ao crédito correspondente. Funda seu ponto de vista no art. 125 do Código Civil. Conclui dizendo que, se a operação foi efetuada ao abrigo do regime de deferimento, e se de fato não houve recolhimento do imposto devido pelo encerramento da fase do deferimento, não haverá quaisquer créditos a recuperar.

Lembra que uma operação é efetuada sob o regime de diferimento quando a obrigação tributária dela decorrente fica postergada para um momento futuro, como ocorreu neste caso. Quanto à alegação do autuado de que as operações envolvendo o Estado de Alagoas estavam acobertadas por ordem judicial que o impedia de agir de modo diverso, o fiscal contrapõe que as decisões judiciais vinculam apenas as partes da respectiva relação jurídica, não beneficiando ou prejudicando terceiros, conforme disposição do art. 472 do Código de Processo Civil.

Quanto ao 2º tópico do Auto de Infração, o fiscal autuante considera que a defesa não se apercebeu de que a Lei Complementar nº 87/96 é anterior aos exercícios examinados. Destaca que a expressão “e de outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente ou tomador do serviço” alcança não somente a COFINS, mas também qualquer outra verba, outro encargo qualquer que porventura seja transferível ao adquirente das mercadorias ou tomador dos serviços. Fala da hierarquia formal das normas jurídicas e da forma como se dá a sua alteração. Transcreve o art. 8º da Lei Complementar nº 87/96, frisando a expressão “e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço”. Aduz que a inserção do termo “contribuições” pelo Convênio ICMS 138/01 visou apenas explicitar a exigência da inclusão dos valores a estas relativos.

Quanto ao 3º item, o autuante explica que na substituição tributária relativa a operações com óleo diesel, por determinação estabelecida em portaria ministerial que estabelecia preço máximo a consumidor, por município, a base de cálculo a ser considerada era o “menor preço máximo” do produto praticado nos municípios. Quando a refinaria vendia o produto para uma distribuidora, fazia a retenção tomando por base de cálculo o menor valor considerado. Depois, quando a distribuidora revendia o produto para determinado município, fazia a complementação da retenção do imposto, considerando-se a diferença entre o maior e o menor valor praticado. Conclui dizendo que é tal diferença que foi levantada nos demonstrativos às fls. 213 a 238.

Distribuídos os autos à 4ª Junta, aquele órgão determinou a realização de diligência à Assessoria Técnica (ASTEC) deste Conselho, para que fossem excluídas do item 1º do Auto de Infração as aquisições de álcool provenientes de Minas Gerais e Mato Grosso do Sul, Estados não signatários do Protocolo ICMS 19/99, bem como a operação referente à Nota Fiscal 3084 (operação interna de transferência).

A diligência foi cumprida.

Deu-se ciência do resultado da revisão fiscal ao sujeito passivo e ao autuante.

O fiscal autuante manifestou-se discordando da exclusão da Nota Fiscal 3084.

O autuado deu entrada em instrumento manifestando sua concordância quanto ao resultado da revisão, relativamente ao item 1º do Auto de Infração, mas insistindo em que também improcede a glosa do crédito fiscal relativo às mercadorias procedentes do Estado de Alagoas, sustentando que as mesmas se encontram fora do alcance do regime de diferimento, em virtude de expressas decisões judiciais, conforme cópias anexas aos autos, das quais a defendantem jamais poderia deixar de cumprir, sob pena de crime de desobediência. Diz que o crédito do imposto foi feito em consonância com o princípio da não-cumulatividade. Observa que nenhum prejuízo foi causado ao fisco baiano e muito menos ao alagoano. Quanto ao item 2º, argumenta que os valores lançados em Notas Fiscais a título de “contribuições” (PIS e COFINS) somente passaram a integrar a base de cálculo do ICMS para fins de substituição tributária com o advento do Convênio ICMS 138/01, sendo aplicável apenas com relação aos fatos geradores ocorridos a partir de sua vigência (29/12/01). Com relação ao item 3º, sustenta que as vendas internas de óleo diesel a revendedores varejistas da Bahia se encontram amparadas pela cláusula segunda do Convênio ICMS 13/97, cuja constitucionalidade foi declarada pelo STF ao julgar a ADIN 1851-5, na qual o Estado da Bahia integrou o pólo passivo da demanda, tendo a referida decisão transitado em julgado desde 9/5/03 (cópia juntada aos autos), sendo a Petrobrás o responsável tributário por substituição.

VOTO (VENCIDO - 1º ITEM)

O lançamento do item 1º deste Auto de Infração refere-se à glosa de créditos fiscais, considerados indevidos por falta de comprovante do pagamento do imposto através da Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE). Este item 1º envolve três situações. Começo pela concernente à Nota Fiscal 3084, da Texaco. Trata-se de uma operação interna (transferência entre estabelecimentos da mesma empresa). A exigência contida no item 5.2 da alínea “c” do inciso III do art. 511 do RICMS é clara ao referir-se à exigência de GNRE, que é o tipo de guia de recolhimento do imposto para operações interestaduais. A exigência em questão diz respeito, unicamente, às operações interestaduais envolvendo os Estados especificados na alínea “c”. Nas operações internas, não se adota a GNRE, mas sim o DAE (documento de arrecadação estadual). Literalmente, a acusação do item 1º diz respeito a álcool hidratado procedente de outros Estados. A Nota Fiscal 3084 refere-se a operação interna, de modo que não se ajusta ao teor da imputação, e no julgamento não se admite mudança do fulcro da autuação. Assim, agiu bem a 4ª Junta ao determinar a realização de diligência para exclusão da parcela referente à Nota Fiscal 3084, da Texaco.

No item 1º do Auto de Infração há uma segunda situação, referente a aquisições de álcool carburante procedente dos Estados de Minas Gerais e Mato Grosso do Sul. Como estes Estados não são signatários do Protocolo ICMS 19/99, razão pela qual não integram o rol da alínea “c” do inciso III do art. 511 do RICMS, é descabida a glosa do crédito fiscal. Por iniciativa da 4ª Junta, foi determinado que a ASTEC refizesse o lançamento, excluindo das operações com álcool procedentes de Minas Gerais e Mato Grosso do Sul.

Ainda com relação ao item 1º, há a questão das operações com álcool procedente do Estado de Alagoas, em relação às quais não foi adotado o regime de diferimento por força de Mandados de Segurança. Na informação fiscal, o autuante raciocinou assim: se a operação foi efetuada ao abrigo do regime de diferimento e o imposto não foi pago ao encerrar-se a fase do diferimento, não pode ser aproveitado o crédito pelo destinatário; lembra o autuante que se dá o diferimento quando a obrigação tributária dela decorrente fica postergada para um momento futuro. Em tese, concordo plenamente com esse raciocínio. Note-se que o autuante expõe sua tese de forma condicional: “se a operação foi efetuada ao abrigo do regime de diferimento...”. Ocorre que no caso em apreço as operações não foram efetuadas com diferimento por força de decisões judiciais. Se uma decisão judicial determina que não se aplique o diferimento do imposto numa determinada situação, essa decisão, enquanto não for revogada ou cassada, é lei na relação jurídica envolvendo as partes processuais. Quando o art. 472 do Código de Processo Civil diz que a sentença faz coisa julgada entre as partes em relação às quais é dada, isso deve ser interpretado no sentido de que a decisão não se aplica “automaticamente” a outras pessoas, mesmo que as circunstâncias materiais e jurídicas sejam idênticas. No entanto, no caso, por exemplo, de uma operação de compra e venda, se a decisão afeta aspectos do negócio jurídico relacionados ao “vendedor”, logicamente afetará também o “comprador”, de forma indireta, pois se trata de um negócio bilateral.

No caso em exame, de acordo com o Ofício 62/00, à fl. 319, o MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Maceió comunicou oficialmente à Texaco Brasil S.A., situada na Rodovia Candeias Madre de Deus, município de São Francisco do Conde, na Bahia, que nos autos da ação de Mandado de Segurança nº 2063-0/2000, impetrado pela S.A. Usina Coruripe Açúcar e Álcool e pela Cooperativa de Colonização Agropecuária e Industrial Pindorama, foi deferida liminar no sentido de que as mesmas efetuam suas operações de saídas de álcool hidratado etílico carburante sem a observância do diferimento e da substituição tributária ordenada pelo Protocolo ICMS 19/99. No final do ofício, o MM. Juiz de Direito adverte: “Desta forma, mando que Vossa Senhoria se digne de fazer cumprir a decisão judicial em epígrafe, sob pena de crime de desobediência”. A defesa juntou às fls. 320/322 cópia do despacho judicial na íntegra.

Igualmente, de acordo com o Ofício 43/00, à fl. 324, o MM. Juiz de Direito Plantonista da Comarca de Maceió comunicou oficialmente à Texaco Brasil S.A., situada na Rodovia Candeias Madre de Deus, município de São Francisco do Conde, na Bahia, que nos autos da ação de Mandado de Segurança Coletivo nº 914-9/2000, impetrado pelo Sindicato da Indústria do Açúcar e do Álcool do Estado de Alagoas, representando suas associadas, Usinas Reunidas Seresta S.A., Triunfo Agroindustrial S.A., Usina Caeté S.A. filial Cachoeira, Usina Caeté S.A., Cia. Agroindustrial Vale do Camaragibe, Cia. Açucareira Usina Capricho, Agroindustrial Marituba Ltda., Usina Serra Grande S.A., Usina Cansanção do Sinimbu S.A., Cia. Açucareira Central Sumaúma, Industrial Porto Rico S.A., Mendo Sampaio S.A. (Usina Roçadinho), Usina Santa Clotilde, Central Açucareira Santo Antônio S.A., S.A. Leão Irmãos Açúcar e Álcool, Destilaria Porto Alegre Ltda., Destilaria Roteiro Ltda., Usina Conceição do Peixe S.A., tendo como litisconsortes ativos as empresas Coopertrading Comércio Exportação e Importação S.A. e Laginha Agro Industrial S.A., antiga Companhia Açucareira Usina Laginha (incorporadora da União Industrial do Nordeste, da Companhia Açucareira Alagoana, da Triálcool Álcool do Triângulo S.A.), foi deferida liminar no sentido de que as mesmas efetuam suas operações de saídas de álcool hidratado etílico carburante sem a observância do diferimento e da substituição tributária ordenada pelo Protocolo ICMS 19/99. No final do ofício, o MM. Juiz de Direito adverte: “Desta forma, mando que Vossa Senhoria se digne de fazer cumprir a decisão judicial em epígrafe, sob pena de crime de desobediência”. A defesa juntou às fls. 325/329 cópias dos despachos judiciais na íntegra.

Diante do que consta nos autos, nas operações de remessa de álcool carburante efetuadas pelas usinas do Estado de Alagoas, nas situações contempladas nas Notas Fiscais objeto da presente ação fiscal, não se aplicam as regras concernentes ao diferimento do imposto e ao regime de substituição tributária de que cuida o Protocolo ICMS 19/99. Isso significa dizer que o regime a ser adotado é o do chamado regime normal de apuração do imposto. Não há prejuízo para o erário. Nos documentos acostados aos autos consta o destaque do imposto devido ao Estado de Alagoas, que, em contrapartida, constitui crédito legítimo a ser utilizado pelo destinatário, assegurado pela Constituição. A glosa do crédito, neste caso, constitui ofensa ao critério da não-cumulatividade, que não é mero princípio constitucional, consubstanciado que se encontra em regra positivada na lei complementar, na lei ordinária e no regulamento do imposto.

O direito ao crédito fiscal, fundado no princípio da não-cumulatividade, não pode ser condicionado a questiúnculas pseudojurídicas.

Para quem considere de somenos importância essa questão de não-cumulatividade, lembro que, nos ofícios recebidos pela empresa ora autuada, a Texaco Brasil S.A., situada na Rodovia Candeia Madre de Deus (fls. 319 e 324), o MM. Juiz de Direito adverte, expressamente: “Desta forma, mando que Vossa Senhoria se digne de fazer cumprir a decisão judicial em epígrafe, sob pena de crime de desobediência”.

Conforme disse a defesa, o fisco baiano não pode exigir que a empresa contrarie decisão judicial.

Em suma, o lançamento do item 1º do Auto de Infração é indevido em sua totalidade.

No que concerne ao 2º item, apesar de não ter sido explicitado, no Auto de Infração, em que consiste, precisamente, a diferença apurada, em desatenção ao mandamento do art. 39, III, do RPAF/99, o sujeito passivo, ao defender-se, explica do que se trata: não foram incluídos na base de cálculo da substituição tributária os valores relativos ao PIS e à COFINS. Embora seja correta a afirmação de que a previsão, em convênio, da inclusão das “contribuições” (a exemplo do PIS e da COFINS) na base de cálculo do ICMS devido por substituição só passou a existir após o Convênio ICMS 138/01, em vigor a partir de janeiro de 2002, cumpre dizer que a questão diz respeito a matéria de reserva legal, e convênio não é lei. Convênio não inclui nem exclui nada que diga respeito a base de cálculo. O papel do convênio consiste unicamente em os Estados, ao celebrá-lo, se predisporam a

adotar no âmbito interno de cada um a orientação harmonizada no acordo. Sendo assim, importa saber o que diz a lei baiana.

Os critérios a serem observados no cálculo do ICMS pelo regime de substituição tributária por antecipação (substituição tributária progressiva) encontram-se no inciso II do art. 23 da Lei nº 7.014/96. A alínea “b” do inciso II manda que se adicionem as parcelas relativas ao montante dos valores de seguro, frete, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço. Na expressão “outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes” estão compreendidos quaisquer tributos, inclusive contribuições, cuja responsabilidade pela cobrança seja atribuída por lei ao emitente do documento fiscal em que seja materializado o negócio jurídico. A regra da lei supramencionada tem por matriz o art. 8º, II, “b”, da Lei Complementar nº 87/96. Os convênios – primeiro falando de “impostos” (Conv. ICMS 3/99) e depois de “tributos, contribuições” (Conv. ICMS 138/01) – apenas chamam a atenção para o que já está na lei ordinária, que repete regra da lei complementar.

Mantenho o lançamento do 2º tópico do Auto de Infração.

O item 3º do Auto de Infração, segundo a defesa, diz respeito à complementação do ICMS devido por substituição tributária nas operações com óleo diesel. A defesa considera que o motivo da autuação consiste no fato de o fiscal entender que a empresa não teria levado em conta, para efeito da base de cálculo da substituição tributária, o preço máximo do óleo diesel fixado pela autoridade competente para cada município, concluindo que o referido preço deveria ser complementado. O contribuinte alega que agiu em conformidade com a orientação do Convênio ICMS 13/97, que harmonizou o procedimento referente à aplicação do § 7º do art. 150 da Constituição e do art. 10 da Lei Complementar nº 87/96. Chama a atenção para o fato de que, nos termos da cláusula segunda do supracitado Convênio ICMS 13/97, do qual a Bahia é um dos signatários, não caberá restituição ou cobrança complementar do ICMS quando a operação subsequente à cobrança do imposto por substituição tributária se realizar com valor inferior ou superior àquele estabelecido com base no art. 8º da Lei Complementar nº 87/96. A defesa realça que, durante o período autuado, qual seja, de janeiro de 2000 a dezembro de 2001, a cláusula segunda do referido convênio esteve em pleno vigor, regulamentando as relações jurídicas em análise, sendo que aquela cláusula teve sua constitucionalidade declarada pelo STF ao julgar a ADIN nº 1851-5, na qual o Secretário da Fazenda do Estado da Bahia foi, também, parte requerida, como se extrai da decisão do acórdão cuja cópia se encontra anexa aos autos, já transitada em julgado desde 9/5/03. Conclui que, em face do que foi exposto, não há razão para se dizer que a empresa deixou de reter e recolher ICMS relativamente às operações com óleo diesel, haja vista que, em caso de operações com valor superior, não cabe a restituição pelo Estado, do mesmo modo que não se pode exigir complemento em caso contrário. Aduz que, nas operações em discussão, o responsável pelo tributo a título de substituto tributário foi, e continua sendo, exclusivamente a Petrobrás, que é a produtora de óleo diesel.

Essas considerações foram rebatidas pelo fiscal autuante, segundo o qual, na substituição tributária relativa a operações com óleo diesel, por determinação estabelecida em portaria ministerial que estabelecia preço máximo a consumidor, por município, a base de cálculo a ser considerada era o “menor preço máximo” do produto praticado nos municípios. Diz que, quando a refinaria vendia o produto para uma distribuidora, fazia a retenção tomando por base de cálculo o menor valor considerado. Depois, quando a distribuidora revendia o produto para determinado município, devia fazer a complementação da retenção do imposto, considerando-se a diferença entre o maior e o menor valor praticado. Conclui dizendo que é tal diferença que foi levantada nos demonstrativos às fls. 213 a 238.

No Auto de Infração, o fato foi tipificado no art. 126, I, e no art. 512-A do RICMS/97. O art. 126 cuida simplesmente de prazo. Resta então analisar o outro dispositivo dado como infringido.

Para se compreender a evolução das regras atinentes à questão posta em discussão, cumpre dizer que o art. 512 foi revogado em 3/11/99 (Alteração nº 13) e o art. 512-A foi objeto de várias alterações, vindo ainda a ser criado o art. 512-B. Na verdade, a disciplina da matéria em questão não está no art. 512-A, mas no art. 512-B.

Evidentemente, há que se analisarem os fatos à luz do texto regulamentar vigente à época dos fatos objeto do levantamento, considerados de per si. Nesse sentido, cumpre assinalar que o levantamento comprehende o exercício de 2000. Resta então estabelecer qual a previsão regulamentar do lançamento em apreço no exercício de 2000.

Originariamente, a matéria em questão era prevista no § 6º do art. 512.

No entanto, esse dispositivo foi revogado, juntamente com todo o art. 512, em novembro de 1999.

O art. 512-A, dado como infringido pelo fiscal autuante, é composto de incisos, alíneas, itens e parágrafos, que por sua vez se desdobram em incisos, alíneas e itens. A tipificação foi feita de forma muito vaga. O § 5º manda que se observe, neste caso, a regra do § 4º do art. 512-B.

Em suma, a diferença objeto do lançamento do item 3º do presente Auto de Infração é prevista no § 4º do art. 512-B do RICMS/97.

A defesa considera que o débito lançado no 3º item deste Auto de Infração tem algo a ver com a decisão da ADIN nº 1851-5, pelo STF. Note-se que o STF julgou constitucional a cláusula segunda do Convênio ICMS 13/97, segundo a qual não caberá restituição ou cobrança complementar do ICMS quando a operação subsequente à cobrança do imposto por substituição tributária se realizar com valor inferior ou superior àquele estabelecido com base no art. 8º da Lei Complementar nº 87/96. Essa orientação veio ao encontro de entendimento já exarado há muito tempo no art. 356 do RICMS/97. Porém, no caso em exame, o dispositivo assinalado – § 4º do art. 512-B do RICMS/97 – encontrava-se em vigor por ocasião dos fatos objeto da ação fiscal. Este órgão julgador não tem competência para apreciar a legalidade ou constitucionalidade do direito posto.

Mantenho o lançamento de que cuida o item 3º do Auto de Infração em análise.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, mantendo os lançamentos dos débitos dos itens 2º e 3º, no valor total de R\$ 94.467,65, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, da Lei nº 7.014/96, e dos demais acréscimos legais, excluindo-se o 1º item.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

VOTO VENCEDOR - 1º ITEM

Inicialmente, concordo com os argumentos expendidos pelo ilustre relator, no que tange à indevida glosa de crédito fiscal, concernente à Nota Fiscal 3084, da Texaco. Trata-se de uma operação interna (transferência entre estabelecimentos da mesma empresa) e a exigência contida no item 5.2 da alínea “c” do inciso III do art. 511 do RICMS, diz respeito, unicamente, às operações interestaduais envolvendo os Estados especificados na alínea “c”. Nas operações internas, não se adota a GNRE, mas sim o DAE (documento de arrecadação estadual). Como bem explanado, pelo relator, “literalmente, a acusação do item 1º diz respeito a álcool hidratado procedente de outros Estados. A Nota Fiscal 3084 refere-se a operação interna, de modo que não se ajusta ao teor da imputação, e no julgamento não se admite mudança do fulcro da autuação. Assim, agiu bem a 4ª Junta ao determinar a realização de diligência para exclusão da parcela referente à Nota Fiscal 3084, da Texaco.”

Também concordo com o deslinde da questão, quanto à uma segunda situação, referente a aquisições de álcool carburante procedente dos Estados de Minas Gerais e Mato Grosso do Sul. “Como estes Estados não são signatários do Protocolo ICMS 19/99, razão pela qual não integram o rol da alínea “c” do inciso III do art. 511 do RICMS, é descabida a glosa do crédito fiscal. Por

iniciativa da 4^a Junta, foi determinado que a ASTEC refizesse o lançamento, excluindo das operações com álcool procedentes de Minas Gerais e Mato Grosso do Sul.”

Não obstante estas exclusões do lançamento, o item 1º levanta a questão das operações com álcool, procedentes do Estado de Alagoas, em relação às quais não foi adotado o regime de diferimento por força de Mandados de Segurança.

Ocorre que o Estado de Alagoas, deliberadamente assinou o Protocolo ICMS 19/91, no qual foi acordado que nas operações com álcool hidratado proveniente de usinas, destilarias ou importadores, localizados em Estados signatários, o imposto fica diferido para o momento em que ocorrer a entrada da mercadoria na distribuidora.

Assim, a utilização do crédito fiscal deverá estar respaldada em GNRE, comprobatória do pagamento do imposto diferido ao Estado de origem.

Embora a defesa tenha argumentado que há Liminar, concedida pela Justiça do Estado de Alagoas, dirigida ao Secretário da Fazenda daquele Estado, não atinge o fisco baiano pelo princípio da territorialidade e da jurisdição, ficando seus efeitos restritos ao Estado de Alagoas.

Assim, para que o autuado (distribuidora) utilizasse como crédito fiscal, o imposto diferido, seria necessário que estivesse de posse da GNRE, comprobatória do pagamento do imposto, conforme exige o item “5.2” do art. 511, III, “c”, “1” do RICMS/97, o que não foi feito no decorrer da instrução deste processo administrativo fiscal.

Deste modo, este item do Auto de infração assume a feição constante na diligência de fls. 537, ficando o ICMS exigido no valor de R\$ 257.821,83.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206941.0001/04-8, lavrado contra **TEXACO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 352.289,48**, sendo R\$ 252.478,79, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e mais R\$ 99.810,69, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício para uma das Câmaras do CONSEF nos termos do art. 169, inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de novembro de 2004.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR/VOTO VENCIDO

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA/VOTO VENCEDOR