

PROCESSO - A. I. N° 206941.0001/04-8
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e TEXACO BRASIL LTDA.
RECORRIDOS - TEXACO BRASIL LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSO DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO– Acórdão 2ª JFJ nº 0446-02/04
ORIGEM - COFEP - DAT/NORTE
INTERNET - 28/04/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0110-11/05

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. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte e de Recurso de Ofício declarado na própria Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em tela, o qual exige o ICMS e multa em decorrência das seguintes irregularidades:

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%.

Sustenta a Decisão recorrida:

- concorda com os argumentos expendidos pelo ilustre relator, no que tange à indevida glosa de crédito fiscal, concernente à Nota Fiscal nº 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 1 diz respeito a álcool hidratado procedente de outros Estados. A Nota Fiscal nº 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 nº 3084, da Texaco.”*
- também concorda 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 nº 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 de Julgamento Fiscal, 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 1 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 nº 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.

Conclui pela Procedência em Parte do Auto de Infração.

Em atendimento ao disposto no art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00 a 2ª JJF do CONSEF recorreu de Ofício a esta CJF.

Insatisfeito com a referida Decisão o recorrente interpôs Recurso Voluntário, no qual reitera os termos da defesa, quais sejam:

- em relação à infração 1 alega que a autuação não pode prosperar, pois a empresa cumpre ordem judicial constante em liminar concedida em Mandado de Segurança que excluiu fornecedores do Estado de Alagoas do regime de diferimento a que estaria sujeita a operação por força do protocolo ICMS nº 19/99;
- violação ao princípio da não-cumulatividade do ICMS;
- quanto ao item 2, 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
- relativamente ao item 3, alega que agiu em conformidade com a orientação do Convênio ICMS nº 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.

A representante da PGE/PROFIS, na sua manifestação, entendeu que as razões oferecidas pelo recorrente são inócuas, inaptas para proporcionar a modificação do julgamento.

Em razão disso, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Após análise dos autos, verifico que a infração 1 deve ser mantida. Isto porque, o Estado de Alagoas foi signatário do Protocolo nº 19/99. Outrossim, os efeitos da liminar concedida aos contribuintes para os excluir desse regime são limitados ao território de sua jurisdição, não atingindo, portanto, outros Estados e partes não integrantes da relação processual.

Não bastasse isso, como bem ressaltou a douta representante da PGE/PROFIS, caso a fiscalização permitisse o uso do crédito fiscal não constante em GNR (documento que assegura a existência de crédito fiscal passível de apropriação em operações interestaduais sujeitas ao diferimento) estaria descumprindo o princípio constitucional da não-cumulatividade do ICMS, já que o Estado da Bahia estaria suportando um crédito fiscal inexistente e que não foi objeto de pagamento em operações anteriores em outro Estado, como determina o art. 155, § 2º, I, da CF/88.

Quanto à infração 2, entendo que a argumentação do recorrente não tem base legal. O art. 23, II, da Lei nº 7.014/96 prevê a inclusão na base de cálculo da substituição tributária dos valores relativos ao PIS e COFINS.

No que diz respeito à infração 3, é devida a complementação do ICMS não realizada pelo recorrente e que é de sua responsabilidade. De acordo com o previsto em Instrução Ministerial, a base de cálculo será o menor preço máximo a consumidor, praticado pelos Municípios; sendo, portanto, devido pela distribuidora, quando revendida para qualquer Município, a diferença entre o maior e o menor valor praticado.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter na íntegra a Decisão recorrida.

Quanto ao Recurso de Ofício, acolho o entendimento da 2ª JF e voto pelo NÃO PROVIMENTO.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206941.0001/04-8**, lavrado contra **TEXACO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente 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.

Sala das Sessões do CONSEF, 7 de abril de 2005.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

MARCOS ROGÉRIO LYRIO PIMENTA – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS