

A. I. Nº - 278868.0001/04-1
AUTUADO - TRANSCODIL TRANSPORTES E COM. DE DIESEL LTDA.
AUTUANTES - ANDRES MIGUEL ESTEVEZ MOREIRA e JOSÉ MARCELO PONTES
ORIGEM - IFEP METRO
INTERNET - 19/04/2005

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0118-01/05

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RETIDO A MENOS. ERRO NA APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. De acordo com a Cláusula quarta, do Convênio ICMS nº 03/99, 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. Infração não caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 29/11/2004, exige ICMS no valor de R\$178.861,54, em razão de reter a menos o imposto, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia, em razão da empresa ter efetuado vendas de combustível, óleo diesel, para consumidor final situado neste Estado. Na apuração do ICMS devido a título de substituição tributária não incluiu na base de cálculo do mesmo o valor do ICMS normal destacado nas notas fiscais de venda. Esse procedimento culminou com valor de ICMS-ST retido a menos. O levantamento em anexo realizado com os dados contidos nos arquivos magnéticos SINTEGRA apresentados pelo contribuinte, apura nota a nota, a partir do valor do produto comercializado, adicionando o valor do ICMS normal destacado, o valor da correta base de cálculo do ICMS-ST. Com essa nova base de cálculo, reduzindo o valor do produto e aplicando a alíquota interna, obtém-se o montante do ICMS devido. Anexos: demonstrativo de cálculo do imposto devido e algumas notas fiscais emitidas pelo contribuinte que comprovam o seu procedimento irregular.

O autuado apresentou defesa, às fls. 74/85, impugnando o lançamento tributário, inicialmente transcrevendo a acusação e em seguida, às folhas 75/82, transcreveu parte do Convênio ICMS 03/99, mais especificamente o Capítulo II, que trata do cálculo do imposto retido e do momento do pagamento.

Esclarece que exerce a atividade de Transportador-Revendedor-Retalhista (TRR), tal como definido nas Portarias MME nº 10 e ANP nº 201, de 1999, e nessa condição está obrigada somente a entregar os mencionados Anexos às distribuidoras, suas fornecedoras, jamais diretamente as refinarias. Logo, não pode e não deve responder, ainda que solidária ou subsidiariamente pelo pagamento de supostos e eventuais débitos de ICMS em decorrência das operações interestaduais realizadas a consumidores localizados no Estado da Bahia.

Argüiu “a inépcia do Auto de Infração lavrado, segundo a definição jurídica do termo contida no inciso II, Art. 295 do Código de Processo Civil (“da narração dos fatos não decorrer logicamente a

conclusão”), impossibilitando a ampla defesa da autuada, decorrendo o cerceamento, conforme restará demonstrado.”

Asseverou que o demonstrativo elaborado não efetua o propagado detalhamento, o que dificulta a apreciação, ensejando a presente argüição de cerceamento de defesa, merecendo cancelamento da autuação.

Aduz que do exame do demonstrativo de cálculo do imposto elaborado pelo autuante, deduz que os valores de imposto e consectários que lhe são exigidos, tem por fundamento a diferença entre o valor das operações realizadas com o óleo diesel, mencionado em cada nota fiscal emitida, e o da base de cálculo definida pelo Estado da Bahia para esse produto. Dessa forma, foram desprezados das operações interestaduais realizadas a consumidores finais, impondo-se ilegalmente o cálculo sobre uma base de cálculo adotada pelo Estado destinatário para o óleo diesel, em flagrante desrespeito ao Convênio 03/99 que deveriam, dar suporte à autuação.

Argumenta que os dispositivos indicados como infringidos foram as Cláusulas Terceira, Quinta e Sexta do Convênio 03/99, com as alterações posteriores. Não mencionam os autuantes a cláusula Quarta, a qual transcreveu, ressaltando que a mesma determina que 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.

Asseverou que as Cláusulas Quinta e Sexta não foram infringidas, eis que tratam da aplicação da alíquota sobre a base de cálculo e sobre o recolhimento do imposto no prazo que é fixado. A infração teria sido a adoção de base de cálculo inferior pelo fato de nela não ter sido incluída a parcela do ICMS. Aflorando mais uma vez a inépcia do Atuo de Infração, na medida em que nessa modalidade não há operações subsequentes, inexistindo a possibilidade de se utilizar valor agregado por operações que se sabe não existirão. Se não haverá outras operações descabe falar-se de substituição tributária em relação às operações subsequentes.

Saliente que o inciso I, do Parágrafo único, da Cláusula Sétima do convênio ICMS 03/99, que não se aplicam as normas gerais da substituição tributária em caso de não aplicação da base de cálculo prevista na Cláusula Quarta, que é o caso em tela.

Apenas para argumentar, se a base de cálculo é a da Cláusula Terceira, conforme prevista na nova redação da Cláusula Quarta – com efeitos somente a partir de 07/04/2004, portanto não aplicável às operações objeto do Auto de Infração – no cálculo do imposto, conforme previsto no § 1º, o valor do imposto já estaria incluído. Por outro lado, se o imposto ainda não tiver sido retido anteriormente, a base de cálculo (isto em se considerando a nova redação da Cláusula quarta, que não se aplica por ser posterior às operações indicadas na autuação) será o valor da operação de aquisição da mercadoria, conforme previsto no “caput” da Cláusula Quarta, e nesse valor o imposto já deve estar embutido.

Reitera que a legislação é taxativa, de que a base de cálculo é o valor da operação, como tal entendido o preço de aquisição pelo destinatário, não havendo que se falar em inclusão do imposto. Caso contrário, ter-se-ia uma exceção à regra, de que o imposto integra a sua própria base de cálculo.

Salienta que tal inclusão é devida somente no caso de mercadoria importada, como estabelecido no § 2º da Cláusula Terceira. Nos demais casos não há tal previsão.

Destacou que embora não se aplique a Cláusula sétima, deduz-se que pretendem os autuantes sustentar que o imposto já havia sido retido em operações anteriores. Admitindo-se esta hipótese, a base de cálculo aplicável seria a prevista na Cláusula Terceira, ou seja, a base de cálculo utilizada para as situações em que há operações subsequentes, o que não é o caso da infração imputada à autuada.

Ao finalizar, requer que o Auto de Infração seja cancelado.

Na Informação Fiscal, às fls. 98/99, um dos autuantes contesta os argumentos defensivos, observando que a infração consiste em retenção a menos em virtude de erro na base de cálculo, referente a vendas de diesel para consumo, de contribuintes localizados no Estado da Bahia. Neste caso a base de cálculo a ser utilizada deve ser o valor da operação, conforme dispõe o § 6º da cláusula Segunda do Convênio ICMS 105/92, o qual transcreveu, assim como, a Cláusula Quarta do Convênio 03/99 e o art. 512-B, do RICMS/97.

Aduz que o ponto de discordia é quanto ao entendimento da inclusão do ICMS normal na própria base de cálculo do imposto, o que encontra-se definido no artigo 52, do RICMS/97, o qual estabelece que o montante do ICMS integra a sua própria base de cálculo, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle.

Ressaltou que o autuado em nenhum momento contestou os valores do levantamento fiscal, limitando-se apenas a alegar ter procedido corretamente, o que em seu entendimento não é verdade, conforme esclarecido na informação, caracterizando retenção a menos do ICMS.

Ao finalizar, opina pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

O fundamento da autuação foi em razão do autuado haver retido a menos o imposto, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, em razão da empresa ter efetuado vendas de combustível, óleo diesel, para consumidor final situado neste Estado, “não tendo na apuração do ICMS devido a título de substituição tributária incluído na base de cálculo do mesmo o valor do ICMS normal” destacado nas notas fiscais de venda.

Inicialmente afasto as preliminares de nulidade suscitadas pelo sujeito passivo, tendo em vista que o Auto de Infração foi lavrado pelo Sistema Informatizado, sendo a descrição da infração a usualmente utilizada pela SEFAZ, além disso, na própria descrição da infração consta o detalhamento da imputação. Em relação ao demonstrativo acostado pelos autuantes, não é causa para nulidade do auto, uma vez que foram detalhados os números dos documentos fiscais, a data de emissão, o CFOP, o número do CNPJ ou CPF, o valor do produto, a Base de Cálculo e a diferença, não havendo cerceamento do direito de defesa do autuado. Também não se observa qualquer erro ou vício especificado no art. 18, do RPAF/99, que possibilite sua decretação.

No mérito, verifico os autuantes consolidaram seus levantamentos no papel de trabalho denominado “Planilha de apuração do ICMS-ST devido, decorrente da não inclusão do valor do ICMS próprio na base de cálculo do ICMS-ST nas operações de venda de óleo diesel, pelo contribuinte substituto (distribuidora), a consumidor final situado no Estado da Bahia”. Da mesma forma os autuantes, na informação fiscal, afirmaram que o ponto de discordia é quanto ao entendimento da inclusão do ICMS normal na própria base de cálculo do imposto, afirmando, ainda, que “a base de cálculo a ser utilizada deve ser o valor da operação”.

Assim, não resta dúvida de que os autuantes lavraram o Auto de Infração por entenderem que a base de cálculo foi calculada erradamente, pois ao apurar o ICMS devido referente a substituição tributária deveria o autuado ter incluído o ICMS da operação normal e este seria o valor da operação.

Como não existe controvérsia de que a base de cálculo é o valor da operação, uma vez que os autuantes e o autuado concordam como tal entendimento, conforme se observa na peça defensiva

e na informação fiscal, resta analisarmos qual o posicionamento correto, à luz da legislação pertinente, sobre o que é valor da operação.

A operação que originou a autuação é a venda de óleo diesel, tendo com remetente contribuinte localizado no Distrito Federal e destinado a consumidor final localizado no Estado da Bahia, ambos signatário do Convênio ICMS 03/99, o qual dispõe sobre o regime de substituição tributária nas operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, e outros produtos.

O referido convênio, no Capítulo II, ao tratar do cálculo do imposto e do momento do pagamento, mais especificamente na Cláusula quarta, determina que a base de cálculo, nas operações objeto da presente lide, é o valor da operação, o qual transcrevo para um melhor entendimento:

“CONVÊNIO ICMS 03/99

...

Dispõe sobre o regime de substituição tributária nas operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, e outros produtos.

...

*CAPÍTULO II
DO CÁLCULO DO IMPOSTO RETIDO E DO MOMENTO DO PAGAMENTO*

...

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.” (grifo nosso)

No mesmo sentido estabelecia, na época dos fatos geradores, o § 3º, do Art. 512-B, do RICMS/97, o qual foi acrescentado pela Alteração nº 13 (Decreto nº 7.691, de 03/11/99, D.O. de 04/11/99):

“Art. 512-B. Nas operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, a base de cálculo do imposto devido por substituição tributária será a seguinte (Lei nº 7014/96 e Conv. ICMS 03/99 e 37/00)

[...]

§ 3º Tratando-se de aquisições interestaduais de combustíveis e lubrificantes derivados de petróleo, se esses não forem destinados à etapa subsequente de comercialização ou industrialização, a base de cálculo será o valor da operação.”

A Cláusula quarta do Convênio ICMS 03/99, acima transcrita, além de definir qual é a base de cálculo da operação, define, ainda, o que entende por valor da operação, ao especificar que como tal entendido o preço de aquisição pelo destinatário, ou seja, o preço que o consumidor final localizado no Estado da Bahia pagou pelo produto, que em nosso entendimento é o constante do documento fiscal, uma vez que não consta nos autos que o valor fosse outro.

Ante o exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 278868.0001/01-, lavrado contra **TRANSCODIL TRANSPORTES E COM. DE DIESEL LTDA.**

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão 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 7.851/99, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de abril de 2005.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

MARCELO MATTEDEI E SILVA - JULGADOR