

A. I. Nº - 206949.0018/05-8
AUTUADO - PETROBRAS DISTRIBUIDORA S/A.
AUTUANTES - MARCO ANTONIO SOUZA FORTES e JOSÉ AUGUSTO MARTINS VICENTE
ORIGEM - INFRAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 25.04.2006

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0132-01/06

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS DE COMBUSTÍVEIS A CONTRIBUINTES DESTE ESTADO. IMPOSTO RETIDO A MENOS. Restou comprovado que o sujeito passivo efetuou a menos a complementação do ICMS devido por antecipação, nas operações com óleo diesel, em face da diferença entre o preço máximo ou único de venda a varejo fixado para o município destinatário e o preço de aquisição no estabelecimento industrial. Infração não elidida. Rejeitados os pedidos de diligência e perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 14/12/2005, exige imposto no valor de R\$ 18.901,11, acrescido da multa de 60%, em decorrência da retenção e recolhimento a menos do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de agosto a dezembro de 2000 e fevereiro a julho de 2001. Consta estar tudo de acordo com o Demonstrativo Analítico da Retenção do ICMS Substituição Tributária efetuado a menos, em virtude de erro na determinação da base de cálculo, referente a vendas de combustíveis derivados de petróleo, pelo contribuinte substituto (distribuidora), para comercialização e/ou consumo de contribuintes localizados no Estado da Bahia, anexo ao PAF e entregue ao representante do contribuinte.

O autuado apresentou impugnação ao lançamento tributário, através de advogado legalmente constituído às fls. 142 a 150, fazendo breve relato da acusação, ressaltou que os fundamentos legais apontados pelo fisco na infração se constituíam em violação às cláusulas terceira, quinta e sexta do Convênio ICMS 03/99 e alterações posteriores, havendo aplicação de multa de 60% prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96.

Alegou que a autuação se refere às operações interestaduais de venda de óleo diesel da filial da BR Distribuidora estabelecida em Brasília com destino ao cliente TRR Royal Diesel Ltda, sediado no município de Barreiras – BA. Disse que essas operações ocorreram quando o preço máximo de venda do produto aos consumidores era determinado através das Portarias Interministeriais 212/00, 417/00 e 198/01, as quais dispunham, através de tabelas, os preços máximos de venda do litro de óleo diesel de acordo com o município em que se encontrasse o consumidor.

Transcrevendo a cláusula terceira do Convênio ICMS 03/99, afirmou que o preço máximo fixado pela autoridade competente é a base de cálculo do tributo. Asseverou ser em relação a esta base de cálculo que se instaurou a divergência de entendimento, isto porque para o Estado da Bahia o preço a ser considerado deve ser aquele especificado para o município de Barreiras, local onde se

estabelece o adquirente. Entretanto o autuado manifestou entendimento de que há equívoco na leitura da norma, desde quando o adquirente, nas referidas operações, não era um consumidor do óleo diesel, e sim um TRR – Transportador Revendedor Retalhista. Já que o TRR revende o óleo diesel diretamente aos consumidores em seus domicílios (Portaria ANP 201/99), não se justifica a adoção do preço bomba do município de Barreiras na formação da base de cálculo.

Observou, ademais, que o TRR pode vir a revender o produto para consumidores de qualquer município do Estado da Bahia, de acordo com o art. 3º, da Portaria ANP 201/99, que transcreveu. Argumentou que não estando vendendo diretamente a consumidor e que o destino da operação subsequente é desconhecido, não existe fundamento para que se exija o recolhimento do tributo com base no preço máximo de Barreiras ou de qualquer outro município. Com base nesse entendimento foi adotado, para fins de recolhimento do ICMS, o menor “preço máximo de venda de óleo diesel” no Estado da Bahia, a fim de que quando da venda pelo TRR este efetuasse a complementação do imposto, haja vista a total imprevisibilidade do autuado saber em que município estaria o consumidor afinal, e, por conseguinte, qual seria a base de cálculo correta.

Transcreveu o art. 155, inciso § 2º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, argüindo que a adoção de base de cálculo menor que aquela prevista para o município de Barreiras não causou qualquer dano ao erário estadual, tendo em vista o direito ao crédito do valor relativo ao tributo, por parte do substituto tributário, conforme determina o art. 19 da Lei Complementar 87/96, que transcreveu.

Requeriu a improcedência do Auto de Infração e a consequente anulação do crédito tributário, além da produção de prova documental, perícia contábil e diligência fiscal em seu estabelecimento.

Os autuantes prestaram informação fiscal às fls. 163 a 165, descrevendo, preliminarmente, como foi realizada a ação fiscal e indicando os pontos, sobre a matéria em lide, abordados pelo autuado. Quanto ao entendimento de que as operações de venda se destinavam a TRR, caso em que este é que faria a revenda do produto para consumidores finais desconhecidos e que isto justificaria a aplicação do menor preço praticado no Estado da Bahia, asseveraram que o mesmo não procede, considerando que o TRR não é contribuinte substituto, e sim substituído, e por este motivo a base de cálculo deverá ter como parâmetro o preço máximo de compra do município de localização do TRR. Alegaram não haver previsão expressa na legislação para amparar a pretensão defensiva.

Contrapondo-se à afirmativa do autuado de que a não inclusão do ICMS na base de cálculo da substituição tributária não causaria dano ao erário, argumentaram não proceder tal alegação, considerando que as operações objeto da autuação decorreram de vendas de derivados de petróleo, em relação às quais, por força do Convênio ICMS 03/99, deve ser efetivada a retenção e o recolhimento do ICMS relativo à substituição tributária. Argüiram que, na realidade, ocorreu a retenção e recolhimento a menos do imposto devido, não procedendo a alegação do autuado de que a diferença encontrada seria utilizada como crédito, fato que não causaria dano ao erário público.

Ratificaram a ação fiscal e sugeriram que o auto de infração seja julgado procedente.

VOTO

Foi apurado que o contribuinte reteve e recolheu a menos o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas de óleo diesel para contribuintes localizados neste Estado. Ou seja, efetuou a menos a complementação do ICMS devido por antecipação, nas operações com óleo diesel em razão da diferença entre o preço

máximo ou único de venda a varejo fixado para o município destinatário do consumidor e o preço constante do documento fiscal de aquisição junto ao industrial.

Deste modo, o autuado aplicou erroneamente o preço de referência, estabelecido por autoridade competente, nas saídas de óleo diesel.

O autuado apontou, em sua peça de defesa, que os autuantes ignoraram as determinações da Portaria ANP 201/99, pois o TRR destinatário dos produtos revende aos consumidores em seus domicílios, não se justificando a adoção do preço de bomba do município de Barreiras, local onde está localizado o TRR destinatário. Disse que os clientes finais envolvidos nas operações com o TRR podem se localizar em outros municípios e que por esse motivo não poderia utilizar o preço máximo de venda, desde quando não saberia exatamente em que município baiano se daria o consumo final, sendo que, no caso, caberia ao TRR proceder à complementação do recolhimento imposto.

Observo que o sujeito passivo não demonstrou que as mercadorias seriam comercializadas fora do município destinatário (Barreiras). Além disso, os Convênios ICMS 03/99 e 105/92, que tratam da atribuição aos remetentes de derivados de petróleo e dos demais combustíveis, situados em outras unidades da Federação, a condição de responsáveis para efeito de pagamento do tributo em lide e na situação posta, apresentam as seguintes disposições:

Conv. ICMS 03/99:

“Cláusula Primeira. Ficam os Estados e o Distrito Federal, quando destinatários, autorizados a atribuir aos remetentes de combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, situados em outras unidades da Federação, a condição de contribuintes ou de sujeitos passivos por substituição, relativamente ao ICMS incidente sobre as operações com esses produtos, a partir da operação que os remetentes estiverem realizando, até a última, assegurado o seu recolhimento à unidade federada onde estiver localizado o adquirente.”

“Cláusula terceira A base de cálculo é o preço máximo ou único de venda a consumidor fixado por autoridade competente.”

No mesmo sentido, os dispositivos do RICMS/97, vigentes à época da ocorrência do fato gerador, definiam de igual modo ser o sujeito passivo o responsável pela retenção do imposto em sua integralidade, conforme segue:

“Art. 512-A. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS relativo às operações internas subsequentes com as mercadorias abaixo especificadas, na condição de sujeito passivo por substituição, os contribuintes a seguir indicados (Lei 7014/96 e Conv. ICMS 03/99):

I - nas operações internas:

a) o industrial refinador de combustíveis e gases derivados de petróleo, em relação a:

.....

3 - óleo diesel (gasóleo) - NCM 2710.00.41;

.....

III - nas saídas interestaduais de mercadorias destinadas ao território deste Estado:

o remetente, em relação às mercadorias elencadas no inciso I, excetuadas as

operações com álcool hidratado, observado o disposto no § 3º; ”

”Art. 512-B. Nas operações com as mercadorias abaixo indicadas, a base de cálculo do imposto devido por substituição será a seguinte (Lei 7014/96 e Conv. ICMS 03/99):

.....

II - nas operações com óleo diesel:

.....

b) nas saídas interestaduais para o território deste Estado, o preço fixado pela autoridade federal para o Município de destino das mercadorias; ”

No mais, a autuação trata da exigência da diferença do ICMS que deixou de ser recolhido quando foram realizadas operações interestaduais referentes a produtos derivados de petróleo (óleo diesel) cuja destinatária é uma empresa transportadora revendedora retalhista, estabelecida no município de Barreiras, neste Estado, que repassa o produto aos consumidores finais, localizado no Estado da Bahia. Tendo sido autuado o distribuidor remetente das mercadorias e que prestou informação à refinaria, conforme disposto nos Convênios ICMS 105/92, 138/01 e 54/02, para repasse do ICMS ao Estado da Bahia.

Quanto ao argumento de que não causou prejuízo ao Erário, tendo em vista o princípio da não-cumulatividade que rege o ICMS, ressalto que este também não é argumento pertinente. O contribuinte ao calcular o imposto a menos, causou, sim, prejuízo ao Erário, uma vez que, mesmo tendo créditos acumulados, por exemplo, o valor a ser apurado como devido será maior do que aquele a que tem direito. Ou seja, ao calcular o ICMS com base de cálculo inferior, retirou dessa, o valor correspondente ao imposto calculado e produziu uma nova e menor base de cálculo e sobre ela fez incidir a alíquota correspondente, procedimento que contraria a norma tributária vigente.

Quanto aos pedidos de realização de perícia contábil ou de diligência, bem como de juntada posterior de documentos, os indefiro com base no art. 147 do RPAF/99, tendo em vista que os elementos constantes do Auto de Infração são suficientes para formar o meu convencimento.

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 206949.0018/05-8, lavrado contra **PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 18.901,11**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de abril de 2006.

CLARICE ANÍZIA MAXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – JULGADOR