

**PROCESSO** - A. I. Nº 206960.0042/05-5  
**RECORRENTE** - ESSO BRASILEIRA DE PETRÓLEO LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0079-02/06  
**ORIGEM** - SAT/COPEC  
**INTERNET** - 22/02/2007

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0014-12/07

**EMENTA:** ICMS. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA APURAÇÃO. EXCLUSÃO DO IMPOSTO DE SUA PRÓPRIA BASE DE CÁLCULO. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO A MENOS. O ICMS integra a sua própria base de cálculo. Sua exclusão ocasiona uma redução irregular que contraria a norma tributária vigente. Infração não elidida. Não cabe a este órgão julgador apreciar declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal (2ª JJF) que julgou Procedente o Auto de Infração em lide, o qual foi lavrado para cobrar ICMS, no valor de R\$ 14.851,84, em virtude da retenção e recolhimento a menos do ICMS-ST, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados na Bahia, em decorrência da não inclusão do ICMS na sua base de cálculo, referente a vendas de lubrificantes derivados de petróleo, pelo contribuinte substituto (Distribuidora) para consumo de contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Inconformado com a Decisão proferida, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário, onde, inicialmente, explica que desenvolve atividades de industrialização e comercialização de graxas, óleos lubrificantes, aditivos e ceras, dentre outros produtos. Em seguida, frisa que os seus clientes adquirem os produtos em questão para consumo, sendo a operação tributada pelo ICMS, consoante o disposto no inciso III do § 1º do artigo 2º da Lei Complementar nº 87/96. Aduz que o cálculo do ICMS-ST, nos termos do art. 8º da LC nº 87/96, cujo teor transcreveu, não inclui o imposto próprio na base de cálculo do ICMS-ST e, portanto, os autuantes constituíram o crédito tributário ao arrepio do previsto na Lei Complementar.

Referindo-se às cláusulas terceira, quinta e sexta do Convênio ICMS 03/99, apontadas pela fiscalização como tendo sido infringidas, o recorrente diz que o referido Convênio deriva de norma complementar e, portanto, não poderia modificar o disposto na Lei Complementar nº 87/96, nos termos do art. 100 do CTN. Diz que os autuantes também não poderiam utilizar essas cláusulas do Convênio ICMS 03/99 como fundamento para a autuação, uma vez que as mesmas não determinam a inclusão do ICMS na própria base de cálculo do ICMS-ST. Frisa que a cláusula quarta do citado Convênio prevê que a base de cálculo será o valor da operação, como tal entendido o preço de aquisição pelo destinatário.

Sustenta que, com base na sua interpretação da LC nº 87/96 e do Convênio ICMS 03/99, não é devida a inclusão do imposto estadual na base de cálculo do ICMS-ST quando as operações forem destinadas à comercialização. Aduz que a fixação de MVAs diferenciadas pelo Convênio ICMS 03/99 tem o objetivo de equiparar a carga tributária entre as operações internas e interestaduais. Argumenta que os autuantes, ao restringirem a autuação aos produtos com imunidade, foram

incoerentes e feriram o princípio constitucional da isonomia tributária, já que esse tratamento não foi estendido aos demais produtos. Apresenta um comparativo do cálculo do imposto.

Ao finalizar, o recorrente alega que a Decisão recorrida não analisou as violações constitucionais apontadas pelo recorrente, razão pela qual pede a reforma do Acórdão JJF Nº 0079-02/06, para que, no mérito, seja cancelado o Auto de Infração.

Ao proferir o Parecer de fls. 121 e 122, o ilustre representante da PGE/PROFIS diz que a ação fiscal foi pautada no art. 13, I, da Lei Complementar nº 87/96. Afirma que não existe razão jurídica para a reforma do acórdão impugnado. Opina pelo Não Provimto do Recurso Voluntário.

## VOTO

No Recurso Voluntário interposto, o recorrente alega que a Primeira Instância deixou de apreciar violações constitucionais que foram apontadas na defesa. Com o devido respeito, essa alegação recursal não pode prosperar, pois na Decisão recorrida foram abordados todos os argumentos expendidos na defesa. Além disso, a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual não se inclui na competência deste órgão julgador administrativo, ao teor do disposto no art. 167, I, do RPAF/99.

Da análise das peças processuais, constato que o recorrente, uma distribuidora de derivados de petróleo localizada no Estado de São Paulo, efetuou vendas de lubrificantes derivados de petróleo para consumo de contribuintes localizados no Estado da Bahia. Nessas operações, o recorrente era o responsável pela retenção e pelo recolhimento do ICMS devido por substituição tributária. Todavia, a retenção e o recolhimento foram efetuados a menos em razão da falta de inclusão do ICMS próprio na base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária.

O ICMS possui como uma de suas características a inclusão do seu montante na sua própria base de cálculo, tornando-o um imposto “por dentro”, como foi bem explicado na Decisão recorrida. Essa característica, apesar de não expressamente prevista na Constituição Federal, está clara no artigo 13, § 1º, inc. I, da Lei Complementar nº 87/96, que prevê que integra a base de cálculo do ICMS “o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle”. Por seu turno, a Lei Estadual nº 7.014/96, no seu art. 17, § 1º, inc. I, repete, quase que literalmente, esse citado dispositivo da LC 87/96.

As alegações recursais referentes ao Convênio ICMS 03/99 já foram devidamente afastadas na Decisão da primeira instância, não tendo o recorrente trazido aos autos qualquer novo argumento que pudesse modificar a Decisão recorrida. Comungo com o entendimento da primeira instância de que *a base de cálculo nas operações mercantis é o valor de que decorrer a saída da mercadoria, porém neste valor deve estar incluso “o universo monetário tributado, ainda que incluso a carga fiscal que onere o preço da mercadoria posta à disposição comercial”*.

Quanto aos cálculos constantes no Auto de Infração, observo que os mesmos não foram questionados pelo recorrente de forma direta, isso é, não foi contraposto qualquer demonstrativo que evidenciasse erro nos cálculos efetuados pelos autuantes. Apenas foi argüida a inclusão do ICMS na base de cálculo do imposto, matéria que já foi abordada acima. Caso tivesse o recorrente incluído o ICMS próprio na base de cálculo do imposto devido por substituição tributária, deveria ele ter trazido aos autos elementos que comprovassem esse fato, pois, nos termos do disposto no art. 143 do RPAF/99, *a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal*.

Por fim, ressalto que a matéria em tela diverge em muito de dois outros Autos de Infração, os quais foram lavrados pelos mesmos autuantes e foram julgados nulos por esta 2ª CJF. Naqueles outros Autos de Infração, o recorrente não era o responsável pela retenção e recolhimento do ICMS-ST e, além disso, o demonstrativo elaborado não comprovava a acusação.

Pelo acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo inalterada a Decisão recorrida.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206960.0042/05-5**, lavrado contra **ESSO BRASILEIRA DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$14.851,84**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de janeiro de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS