

A. I. N° - 206844. 0002/07-9
AUTUADO - PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A
AUTUANTES - JOÃO LAURENTINO DE MAGALHÃES FILHO e ANDRÉS MIGUEL ESTEVEZ MOREIRA
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 25. 10. 2007

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0324-01/07

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 acolhida a arguição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/06/2007, reclama do autuado ICMS no valor de R\$ 1.957.310,96, acrescido da multa de 60%, em decorrência da retenção a menos do 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, nos meses de janeiro a dezembro de 2003, janeiro a março de 2004. Consta que a retenção do ICMS ST foi efetuada a menos, em virtude da informação prestada a menos pela distribuidora a refinaria através dos anexos exigidos nos Convênios 105/92, 138/01 e 54/02, para repasse do ICMS ao Estado de destino, por erro na determinação da Base de Cálculo, tudo conforme demonstrativo analítico numerado eletronicamente de folhas 1 a 433. Consta, ainda, que dos valores originalmente apurados foram deduzidos valores objeto de lançamento através do Auto de Infração n°. 206949.0014/05-02 de 26/09/2005.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou defesa às fls. 459 a 484, tecendo, inicialmente, considerações quanto aos fatos que deram origem ao Auto de Infração. Aduz que não foi autuada na qualidade de contribuinte do imposto, mas como responsável por substituição. Assevera que a infração decorreu do recolhimento a menos do imposto, por suposto erro na determinação da base de cálculo, conforme consta no Auto de Infração, em virtude de erro na quantificação da base de cálculo em razão de informação prestada a menos pela distribuidora a refinaria, obrigação que alcança a autuada em razão de convênios. Acrescenta que o autuante não discrimina ou aponta o suposto erro na determinação da base de cálculo do imposto, evocando quatro possibilidades infracionais no demonstrativo analítico anexo aos autos que são: I – ICMS retido a menor; II – ICMS informado a menor; III – ICMS retido e informado a menor; IV – ICMS não retido pela Distribuidora à Refinaria. Afirma que não existe no demonstrativo a indicação de quais notas fiscais corresponderiam às diversas probalidades infracionais enunciadas pelo autuante. Acrescenta que no demonstrativo referido se encontra consigando concomitantemente, operações destinadas a consumo e a comercialização, sem qualquer diferenciação quanto à apuração do quantum final.

Prosseguindo, argüi a nulidade do lançamento, por carecer de motivo pela ausência de situação objetiva que autorize a sua prática, sendo o ato absolutamente nulo, especialmente por sua natureza vinculada, conforme o artigo 142 do CTN, em razão de o motivo lhe determinar a própria essência. Sustenta que o seu direito a ampla defesa e ao contraditório ficou prejudicado, pela

indeterminação do que lhe foi imputado, invocando o artigo 18 do RPAF, o qual transcreve. Cita e reproduz as decisões do CONSEF, precisamente a Resolução nº. 979/91; Resolução nº. 2247; Acórdão JJJ 198/00, bem como dos Tribunais, precisamente, o RMS 19.409/PR; MAS 199701000516776, TRF; AC 199901000885579, para reforçar o seu entendimento.

Atacando o mérito da autuação, afirma não restar dúvida quanto à incidência do ICMS por antecipação, através da substituição tributária, caso das operações com lubrificantes e combustíveis, sendo que a saída originária das mercadorias, a partir da refinaria, enseja a cobrança do ICMS incidente nesta e em todas as demais etapas de circulação da mercadoria até o consumidor final. Reproduz o Acórdão 102-04/02, como reforço do que alega. Referindo-se à obrigação da refinaria em reter e informar o valor do imposto incidente nas operações posteriores, invoca e transcreve a cláusula décima primeira do Convênio 03/99, para afirmar que não deixa dúvidas acerca dos deveres atribuídos à Refinaria, inclusive, nas operações interestaduais. Sustenta que, em decorrência da referida cláusula no corpo das notas fiscais de sua emissão constam remissão expressa ao Convênio 03/99, Cláusula décima primeira. Assevera que não participa da relação jurídica fiscal, por força do fenômeno da substituição tributária.

Reportando-se à base de cálculo, sustenta que a exigibilidade de qualquer exação, incluindo-se todos os seus aspectos, só é possível através de expressa previsão legal. Cita e transcreve o artigo 150, I, da CF, bem como lições de Luciano Amaro e Paulo de Barros Carvalho, como reforço de seu entendimento. Aduz que, nas operações interestaduais com combustíveis lubrificantes, derivados ou não de petróleo, aplica-se o que dispõe o Convênio ICMS 03/99, do qual a Bahia é signatária. Acrescenta que a regra geral do referido convênio, relativa à base de cálculo prevista na cláusula terceira é: *A base de cálculo é o preço máximo ou único de venda a consumidor fixado por autoridade competente.*

Prosseguindo, diz que nas operações internas a cláusula terceira, § 8º, determina expressamente a inclusão do ICMS na base de cálculo do imposto. Assevera que o mesmo não ocorre relativamente às operações interestaduais, conforme dispõe a cláusula quarta, § 1º, do Convênio 03/99 que transcreve. Afirma que se enquadra no § 1º, ou seja, operação em que houve prévia substituição tributária, concluindo que, não há exigibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do imposto. Manifesta o entendimento de que o legislador ao regulamentar a base de cálculo do ICMS devido nas operações envolvendo combustíveis, estabeleceu como regra geral a cláusula terceira do Convênio 03/99, definindo que na generalidade das situações a base de cálculo é o preço máximo ou único de venda a consumidor fixado por autoridade competente, sem a inclusão do ICMS por dentro, excepcionando as situações de operações internas, onde tão somente nelas há a inclusão, conforme § 8º. Acrescenta que, admitir que a cláusula quarta, § 1º, faz remissão expressa à cláusula terceira, § 8º, tornando obrigatória a inclusão do ICMS na base de cálculo deste tributo é realizar uma interpretação hermenêutica que beira o absurdo. Transcreve lição de Luciano Amaro, Aurélio Pitanga Seixas Filho, bem como invoca o artigo 107 e seguintes do Código Tributário Nacional, para dizer que na interpretação da legislação tributária o uso da analogia e de princípios gerais do direito se restringe aos casos em que houver ausência de disposição legal expressa. Diz que a operação hermenêutica não pode resultar na instituição ou majoração de tributos. Conclui, pela inexigibilidade do crédito tributário, afirmando que a Fazenda Pública não obedeceu aos ditames legais ao qual está subordinada, a teor do artigo 37, caput, da Constituição Federal.

Continuando a sua peça defensiva sustenta que, no tocante ao óleo diesel, quando destinado para consumo, o Estado da Bahia autorizou a redução da alíquota em 40%, a partir de janeiro de 2003, o que não foi considerado pelo autuante. Relativamente às demais mercadorias, destaca o disposto no artigo 155 da CF de 1988, precisamente o inciso X do § 2º e no artigo 3º da Lei Complementar nº 87/96, que transcreve. Afirma que a não incidência do ICMS nas operações interestaduais com petróleo e seus derivados somente ocorre quando estes tiverem como destino a industrialização ou a comercialização. Enfatiza que na autuação, verifica-se que muitas

operações são destinadas a comercialização e outras para consumo, não tendo o autuante feito a diferenciação, dando o mesmo tratamento tributário para ambas as operações.

Continuando, solicita a realização de perícia por entender que a matéria tratada no Auto de Infração em lide é de alta complexidade que requer cálculos seguros e detalhados, apresentando os seguintes quesitos:

1- Dentre as operações indicadas no Demonstrativo de Apuração Geral, indaga:

- a) se existem operações destinadas a consumo e qual o montante destas;
- b) se existem operações destinadas a comercialização e qual o montante delas;
- c) considerando existir diferenças apontadas nos itens a e b, qual a tributação correta face ao quanto disposto no artigo 3º, inciso III, da Lei Complementar 87/96

2- Se houve correta aplicação da MVA respectiva, respeitando os diversos tipos de mercadorias e os períodos em que as operações foram realizadas;

3 – No que diz respeito ao óleo combustível, se houve aplicação do permissivo legal que autoriza a redução da alíquota em 40% para este tipo de mercadoria.

Finaliza pedindo que a impugnação seja recebida com a suspensão da exigibilidade do suposto crédito tributário; a realização de perícia por fiscal estranho ao feito, como fundamentado no item 4; a nulidade do Auto de Infração; a improcedência do Auto de Infração; o reconhecimento do direito ao crédito do autuado, decorrentes das operações objeto do Auto de Infração. Pede, ainda, que a intimação dos advogados subscritores da peça de defesa seja feita no endereço profissional constante do timbre, de todos os atos praticados no processo, especialmente quando das sessões de julgamento e ciência das decisões proferidas pelo CONSEF.

Os autuantes prestaram informação fiscal (fls. 744 a 749) esclarecendo, inicialmente, como foi realizada a ação fiscal e indicaram os pontos, sobre a matéria em lide, abordados pelo impugnante. No que concerne à nulidade do lançamento, afirmam que não procede a alegação defensiva porque o contribuinte recebeu o demonstrativo analítico com 433 folhas. Acrescentam que a discriminação é total citando: todas as notas fiscais; o seu destinatário, cada item; valor do produto; a base de cálculo correta do imposto por substituição tributária e finalmente o ICMS ST; agrupando-se por mês e totalizando o ICMS devido. Do total de cada mês foram deduzidas as parcelas relativas ao valor constante dos Anexos (Relatórios de Aquisição Interestadual com Combustíveis Derivados de Petróleo) enviadas à refinaria, na forma do Convênio ICMS 03/99. Esclarecem que a metodologia de apresentação e apuração do valor do imposto devido foi realizada utilizando-se o programa de computador “AUDIT ST – Combustíveis” utilizado pela SEFAZ-BA, que recalcula o valor da base de cálculo, e, conseqüentemente, o valor do imposto a ser recolhido, dentro de um período de apuração mensal.

Reportando-se ao mérito, dizem que o programa de computador SCANC é alimentado a partir dos dados disponibilizados pelos distribuidores, revendedores atacadistas de combustíveis, tendo sido implementado a partir do mês de setembro de 2004, sendo o período fiscalizado de janeiro de 2003 a dezembro de 2005, não tendo a fiscalização encontrado a partir do mês de abril de 2004, qualquer diferença objeto do lançamento. Dizem que as operações com lubrificantes e combustíveis estão subordinadas ao regime de substituição tributária e que a refinaria reteve inicialmente o valor do ICMS para o Estado do Espírito Santo, origem dos produtos. Acrescentam que cabe ao distribuidor/revendedor informar através dos Anexos previstos no Convênio ICMS 03/99 o valor correto do imposto a ser repassado às unidades federadas de destino das mercadorias.

No que tange à base de cálculo afirmam que o entendimento do CONSEF já está consolidado no sentido de que é devida a cobrança feita pelo Fisco deste Estado. Invocam o artigo 17, §1º, I, da Lei 7.014/96, para dizer que isso está claro na lei. Acrescentam que, conforme discriminado na

descrição dos fatos do Auto de Infração (fl.01 a 04), foram vendas de derivados de petróleo carburantes, que por força do Convênio 03/99, determina a retenção e o recolhimento do ICMS-ST, fato este realizado pelo autuado ocorrendo apenas cálculo a menos do imposto. Enfatizam que o CONSEF em reiterados julgamentos decidiu pela procedência da inclusão do ICMS na base de cálculo do imposto, transcrevendo a ementa relativa ao Acórdão JF nº. 0048-05/05, a título exemplificativo.

Relativamente às operações imunes afirmam que as reduções de alíquota em 40% foram consideradas, esclarecendo o seguinte: no período de 01/01/2003 a 10/02/2003 não houve quaisquer reduções. Carga tributária igual a 25%; no período de 11/02/2003 a 19/09/2003 houve redução de 16% para que a carga correspondesse a 21%; a partir de 20/09/2003 houve a redução de 40% correspondendo a uma carga tributária de 15%. Afirmam que no levantamento efetuado às fls. 9 a 225 dos autos, todos os cálculos foram efetuados considerando as reduções da base de cálculo da substituição tributária. Citam como exemplo a Nota Fiscal nº 354425, de 02/01/2003, com a quantidade de 35.000 litros de óleo diesel que tem como valor unitário da operação R\$ 1,3784; valor da Base de Cálculo ST com ICMS por dentro R\$ 1,8379; multiplicando a quantidade de 35.000 por 1,8379 = R\$ 64.326,50 (sem redução). Nota Fiscal nº. 363156, de 24/02/2003, com a quantidade de 35.000 litros de óleo diesel. Valor unitário operação R\$ 1,3325. Valor da base de cálculo da substituição tributária com ICMS por dentro R\$ 1,7767, multiplicando 35.000 por R\$ 1,7767 = R\$ 62.184,50; redução de 16% = R\$ 9.949,52 = Base de cálculo da ST = R\$ 52.234,98.

Quanto ao pedido de perícia entendem não ser cabível, tendo em vista que os cálculos foram efetuados tomando-se como base as informações constantes dos arquivos magnéticos; dos preços praticados conforme resoluções; analisando-se todas as operações realizadas no período, nota a nota; refazendo todos os cálculos e consolidando-os por período de apuração mensal; deduzindo-se os valores informados nos anexos III elaborado pelo autuado e entregue à refinaria para fins de repasse do valor retido, de fls. 226 a 338; conferindo-os com os extratos de arrecadação; fundo de pobreza recolhido; recolhimentos complementares (fls. 339 a 378); e o ICMS ST retido conforme informado na Guia Nacional de Informação do ICMS Substituição Tributária – GIA-ST de fls. 379 a 414.

Concluem mantendo integralmente a autuação.

VOTO

Inicialmente, no que concerne à nulidade argüida pelo autuado, por carecer o lançamento de motivo pela ausência de situação objetiva que autorize a sua prática, o que prejudica o seu direito a ampla defesa e ao contraditório, entendo que esta não pode prosperar. O Auto de Infração aponta erro na determinação da base de cálculo no repasse do ICMS ao Estado de destino, em virtude da não inclusão do ICMS próprio em sua base de cálculo referente à operações combustíveis e lubrificantes. O demonstrativo analítico entregue ao contribuinte e acostado aos autos, identifica a origem das diferenças existentes. Ademais, esta mesma matéria já fora objeto de autuação através do Auto de Infração nº. 206949.0014/05-02, lavrado em 26/09/2005, no qual o autuado figurou no pólo passivo, inclusive, constando expressamente na descrição do presente Auto de Infração que, *“dos valores originalmente apurados foram deduzidos valores objeto de lançamento através do Auto de Infração nº. 206949.0014/05-02 de 26/09/2005.”*

Parece-me relevante registrar que, no Auto de Infração em exame não existe inovação quanto à exigência anteriormente feita através do Auto de Infração nº 206949.0014/05-02, ou seja, a autuação trata da exigência de diferença do ICMS que deixou de ser recolhido quando foram realizadas operações interestaduais que destinaram produtos derivados de petróleo ao consumidor final, localizado no Estado da Bahia, sem a inclusão do próprio imposto na formação da base de cálculo do ICMS por substituição tributária, sendo o autuado o distribuidor remetente das mercadorias. Significa dizer que, os dados levantados na autuação foram fornecidos pelo próprio autuado na apuração do ICMS por substituição tributária, e, apenas por ter um

entendimento diverso, não incluiu o imposto na sua própria base de cálculo, resultando no recolhimento a menos para o Estado, motivo da exigência fiscal.

Não há dúvida que se refere a mesma matéria anteriormente exigida. Na realidade, o Auto de Infração em exame tem uma característica de complementação da exigência fiscal anterior. Rejeito, portanto, a nulidade argüida.

Quanto ao pedido de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, cumpre registrar que é aplicável a espécie a disposição do artigo 151, III, do Código Tributário Nacional, valendo dizer que, somente depois de transitado em julgado no âmbito administrativo poderá o crédito ser exigido, inclusive, com a inscrição em dívida ativa.

No que concerne à realização de perícia, inclusive, para responder aos quesitos apresentados não vislumbro nenhuma necessidade ou indispensabilidade de sua realização, para firmar o meu convencimento sobre a solução do litígio. A perícia consiste em exame realizado por técnico ou pessoa habilitada – perito- dotada de conhecimentos especializados sobre determinada matéria. Na realidade, o perito supre a insuficiência de conhecimentos específicos sobre a matéria objeto da lide por parte do julgador. Efetivamente, não é o caso do Auto de Infração em exame. Indefiro, portanto, o pedido de realização de perícia, com fulcro no artigo 147, inciso II, alínea “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, que dispõe:

“Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:

(...)

II - de perícia fiscal, quando:

a) a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos;

Relativamente ao pedido do impugnante de que a intimação dos advogados subscritores da peça de defesa seja feita no endereço profissional constante do timbre, de todos os atos praticados no processo, especialmente quando das sessões de julgamento e ciência das decisões proferidas pelo CONSEF, nada obsta que seu pleito seja atendido e que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa enviar as intimações e demais comunicações concernentes ao andamento do presente processo para o endereço requerido. Ressalto, no entanto, que o não atendimento a essa solicitação não acarreta a nulidade do Auto de Infração, haja vista que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte, estão previstas no artigo 108 do RPAF/99.

No mérito, verifico que o autuado recebeu as mercadorias com a retenção já realizada pela refinaria, porém com o imposto recolhido a menos, em virtude de ter prestado informação à refinaria em desacordo com a Cláusula Décima Nona do Convênio ICMS 03/99, que estabelece de forma clara, a responsabilidade das distribuidoras de combustíveis pela omissão ou pela apresentação de informações falsas ou inexatas à mesma, podendo a unidade federada exigir dela o imposto devido e não do destinatário das mercadorias.

Portanto, a autuação trata da exigência da diferença do ICMS que deixou de ser recolhido quando foram realizadas operações interestaduais que destinaram produtos derivados de petróleo a destinatário, localizado no Estado da Bahia, sem a inclusão do próprio imposto na formação da base de cálculo do ICMS por substituição tributária, tendo sido autuado o distribuidor remetente das mercadorias e que prestou informação à refinaria através dos anexos exigidos nos Convênios ICMS 105/92, 138/01 e 54/02, para repasse do ICMS ao Estado da Bahia.

O Convênio ICMS 105/92 tratava da atribuição aos remetentes de derivados de petróleo e dos demais combustíveis, situados em outras unidades da Federação, na condição de responsáveis para efeito de pagamento do tributo em lide e na situação posta. Já o Convênio ICMS 03/99 dispõe sobre o regime da substituição tributária nestas operações. A Cláusula Primeira dos referidos convênios possuem, praticamente a mesma redação, ou seja:

“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 (Convênio ICMS 03/99).

A base de cálculo nas operações mercantis é o valor de que decorrer a saída da mercadoria, devendo estar contido nesse valor “o universo monetário tributado, ainda que inclusa a carga fiscal que onere o preço da mercadoria posta à disposição comercial” conforme bem definiu o Ministro José Delgado, citado pela Ministra Eliana Calmon (2ª Turma do STJ) ao prolatar sentença no Recurso Especial nº 222.140 – SP (1999/00596637-4).

O texto inserido na norma, qual seja: “o valor da operação, assim entendido o preço de aquisição pelo destinatário” (§ 6º da Cláusula Segunda do Convênio ICMS 105/92, que deu suporte legal à infração) não quer dizer que nele não estejam incluídos todos os elementos determinados na norma legal que compõem a base de cálculo do imposto.

O § 8º da Cláusula Terceira do referido Convênio apenas excepciona a regra do preço fixado por autoridade competente (ocasião que deve ser incluído na própria base de cálculo o ICMS não incluso) e não operação com preço de mercado. Assim, o argumento defensivo não encontra amparo nesta cláusula.

Os convênios em discussão, especialmente o ICMS 03/99, que trata do encerramento da fase de tributação (substituição tributária) nas operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, somente em casos específicos por eles indicados, determinam a exclusão do ICMS da sua própria base de cálculo, objetivando tão somente determinar a mesma carga tributária para todas as operações, e este não é o caso da lide. E, por fim, tais convênios, em nenhum momento vão de encontro à norma que rege o ICMS.

Vale observar que a Lei Complementar 87/96:

“Art. 13. A base de cálculo do imposto é

.....

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto

1 - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;”

Da mesma forma a Lei Estadual nº 7.014/96, traz a previsão da base de cálculo do ICMS, sobre a matéria em questão em seu art. 17, § 1º que, estando regulamentada no artigo 52, do RICMS/97.

A análise de tais dispositivos normativos permite verificar que o ICMS é um imposto “por dentro”, ou seja, o seu montante integra a própria base de cálculo, sendo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle.

O próprio STF, ao pacificar a discussão, com jurisprudência já firmada, analisou e decidiu a situação envolvendo a discussão sob a égide do Decreto-Lei nº 406/68, que disciplinava o ICMS enquanto se aguardava a edição de lei complementar, prevista na CF de 1988 e, naquilo que fosse omissivo pelo Convênio ICMS 66/88, que assim também previa, ou seja, o STF considerou constitucional a inclusão do ICMS na sua própria base de cálculo. Observe-se que a EC 33/01 ao incluir a alínea “i” ao inciso XII do § 2º, do art. 155, na Constituição Federal, não inovou, apenas estendeu esta regra para as operações de importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço. E, neste contexto, este é o posicionamento deste CONSEF.

A propósito, reproduzo abaixo o Acórdão 0129-11/06, da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, cujo voto proferido pelo ilustre Relator Eduardo Nelson de Almeida Santos, confirmou a decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, no julgamento do Auto de Infração nº. 206949.0014/05-02 – citado no

presente Auto de Infração - que decidiu pela procedência da autuação.

“VOTO

Quanto a preliminar a inconstitucionalidade argüida pelo recorrente, vale salientar que nos termos do art. 167, I, do RPAF/99, não é de competência do julgador administrativo a declaração de inconstitucionalidade.

A fundamentação do lançamento fiscal baseou-se na retenção e do recolhimento a menos do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro a março, julho a dezembro de 2003 e janeiro a maio de 2004.

A não inclusão do ICMS próprio em sua base de cálculo, referente a vendas de óleo combustível, para consumo de contribuintes localizados no Estado da Bahia ensejou a autuação que exige a cobrança da diferença do ICMS/ST nestas operações.

Distante do que alude o recorrente, a Constituição Federal não poderia descer ao detalhe quanto à forma de cálculo do ICMS, nível de detalhe de competência da legislação infraconstitucional, conforme expressa o art. 13 da Lei Complementar nº 87/96.

O Estado da Bahia se baseou na citada lei complementar para editar a Lei nº 7.014/96, que em seu art. 17, § 1º, para regulamentar a matéria atinente à forma de cálculo do ICMS, que também está expressa no art. 52, do RICMS, orientando que o ICMS é um imposto “por dentro”, onde o seu valor integra a própria base de cálculo.

Sob a argumentação que sua prática adotada não levou nenhum prejuízo ao Estado, como bem se expressou a 1ª JF, “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”. Não integrando o ICMS a sua própria base de cálculo, esta estará subtraída do valor correspondente ao imposto calculado, tendo produzido uma menor base de cálculo, sobre a qual incide a alíquota correspondente.

Entendo que a legislação acima citada traz de moda cristalina a elucidação da lide, não dando margem à admissão de irregularidade do Auto de Infração e, por via de consequência, a Decisão recorrida.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter intacta a Decisão de 1ª Instância.”

Diante do acima exposto, não resta dúvida que na base de cálculo do ICMS, deve ser acrescido o seu próprio montante para apuração do seu valor. Assim, ao não integrar o ICMS na sua própria base de cálculo, o autuado a reduziu, subtraindo desta, 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 legislação do ICMS.

Relativamente à alegação do autuado de que não foram observadas as reduções, concordo com os autuantes quando dizem que no levantamento efetuado às fls. 9 a 225 dos autos, os cálculos foram efetuados considerando as reduções da base de cálculo da substituição tributária. Não procede a alegação defensiva.

Vejo que o autuado requereu a utilização dos créditos fiscais, caso as suas alegações defensivas não fossem acatadas. Efetivamente, tal pretensão não pode prosperar, haja vista que a sistemática e concepção do regime da substituição tributária, determina o encerramento da fase de tributação não havendo permissivo legal para o creditamento pretendido.

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 **206844.0002/07-9**, lavrado contra **PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 1.957.310,96**, 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, 10 de outubro de 2007.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR