

PROCESSO - A. I. Nº 206949.0001/06-6
RECORRENTE - PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0420-03/07
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 28/11/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0345-12/08

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO A MENOS DO IMPOSTO. Neste caso, as mercadorias estavam sujeitas à retenção do imposto pelo remetente, nos termos dos arts. 10 e 11 da Lei nº 7.014/96 e em consonância com o Convênio ICMS 03/99, celebrado entre a Bahia e a unidade federativa de origem das mercadorias. Valores incorretamente apurados e informados à Refinaria. Preliminares de nulidade rejeitadas. Pedido de revisão fiscal indeferido. Mantida a Decisão de 1ª Instância. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão de 1ª Instância que julgou procedente o Auto de Infração, lavrado para exigir ICMS no valor de R\$150.764,96, acrescido da multa de 60%, pela seguinte irregularidade:

Procedeu a retenção a menos do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Consta na descrição dos fatos: “Com ICMS-ST retido e/ou informado a menor ou não retido pela Distribuidora à Refinaria, através dos anexos V ou III ou GNRE para repasse ao Estado da Bahia, referente vendas de Gasolina C, Óleo Diesel, Álcool Hidratado e Lubrificantes Derivados ou não de Petróleo para comercialização e/ou consumo de contribuintes localizados no Estado da Bahia”.

O autuado apresentou defesa às folhas 201/216, e a JF declarou a Procedência do lançamento, exarando o voto a seguir transcrito:

Inicialmente rejeito as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado, tendo em vista que o Auto de Infração foi lavrado em atendimento às formalidades legais e encontra-se revestido de todos os pressupostos de validação do processo. Foram observadas as exigências regulamentares, notadamente o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, em seu artigo 18. Não houve cerceamento do direito de defesa, pois os valores exigidos nesta infração foram devidamente esclarecidos pelos autuantes na lavratura do Auto de Infração, na informação fiscal e na diligência requerida pela 4ª JF. Quanto as demais arguições de nulidade por ser questões ligadas ao mérito serão devidamente apreciadas neste voto.

Indefiro, também, o pedido de revisão fiscal requerido pelo autuado, pois entendo que os elementos constantes no presente processo, são suficientes para a formação da minha convicção.

No mérito o Auto de Infração em lide, exige ICMS, por retenção a menos do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Antes de apreciar o mérito desta infração, é importante esclarecer que a tributação com as operações com combustíveis derivados de petróleo, estão disciplinadas no Convênio ICMS 03/99, e no artigo 512-A do RICMS-BA. De acordo com os referidos dispositivos legais, a Refinaria de Petróleo (Petrobrás) ou suas Bases, é o contribuinte substituto tributário nas operações com a maioria dos combustíveis derivados de petróleo, à exceção de lubrificantes e álcool hidratado, cuja responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto devido nas operações subseqüentes pertence às Distribuidoras de Combustíveis.

No caso em apreço, o autuado está localizado em Brasília-DF, e nas aquisições de combustíveis cujo sujeito passivo é a Refinaria da Petrobrás ou suas Bases, o ICMS devido nas operações subseqüentes, é retido por esta empresa (Refinaria) e recolhido para o Estado do Distrito Federal. Na hipótese de nova operação interestadual destinada ao Estado da Bahia, o autuado deverá encaminhar um documento denominado Anexo III para a Refinaria de Petróleo ou suas Bases, informando sobre a operação interestadual, a base de cálculo e outras informações exigidas. De posse deste documento, a Refinaria de Petróleo ou suas Bases, debitam o imposto ao Estado de origem e destina o tributo para o Estado da Bahia.

Com efeito, se não houve o referido encaminhamento do Anexo III, pelo autuado, à citada Refinaria ou os dados fornecidos no aludido Anexo III, indicam valor indevido, o ICMS pertencente ao Estado da Bahia deve ser exigido do defendente.

No que tange aos lubrificantes e álcool hidratado, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas operações subseqüentes pertence às Distribuidoras de Combustíveis.

Verifico que o presente Auto de Infração foi exigido o imposto por recolhimento a menos, em virtude da informação para a Refinaria nos Anexos V ou III por valor menor, ou retenção por valor inferior ao previsto no Convênio 03/99.

Da análise das peças processuais, observo que os autuantes elaboraram demonstrativo às folhas 98/144, discriminando o valor do ICMS devido na operação, calculado de acordo com o regramento contido no Convênio 03/99, deduzindo do total aferido: o valor informado nos Anexos V e III, recolhimento complementar e o ICMS retido no registro 53 extraído dos arquivos magnéticos do defendente. Constatado que foi discriminado corretamente a MVA para cada produto vigente à época dos fatos geradores. Verifico ainda que os autuantes acostaram ao processo cópias dos Anexos encaminhados para a Petróleo Brasileiro S.A., estabelecida na Rua SAI, trecho 10, Lote 01, Brasília-DF, pelo autuado, a exemplo das folhas 55/58 deste PAF.

A título de exemplo, no mês de outubro de 2003, a nota fiscal 613.904 (fl. 284), foi emitida para TRANZABEL LTDA, localizada em Correntina-BA, contendo óleo diesel interior cujo ICMS devido por substituição tributária complementar recolhido pelo defendente, importou em R\$1.990,28 (fl. 93), que adicionado ao ICMS retido originalmente no valor de R\$7.035,80 (fl. 137), indicou o montante devido para o Estado da Bahia no valor de R\$9.026,88. No levantamento fiscal feito pelos autuantes, com base nos arquivos magnéticos do autuado, foi apurado o valor devido a título de complementação da substituição tributária de R\$9.103,38, que resultou na exigência da diferença de ICMS no montante de R\$77,30. Portanto, considero correto o procedimento adotado pelos autuantes no cálculo do imposto devido.

Quanto às notas fiscais citadas pelo contribuinte às folhas 207/208, emitidas nos exercícios de 2002 e 2003, apesar de alguns valores indicados pelo autuado indicarem divergências, apresentamos quadro abaixo, constatando que os valores considerados pelo autuante são

exatamente iguais àqueles informados pelo contribuinte.

| <i>Nota fiscal nº</i> | <i>Valor retido</i> | <i>Valor considerado pelos autuantes</i> | <i>Folha do Paf</i> |
|-----------------------|---------------------|--|---------------------|
| 521183 | 1.146,76 | 1.146,76 | 122 |
| 525049 | 2.396,23 | 2.396,23 | 122 |
| 525050 | 4.396,30 | 4.396,30 | 123 |
| 525790 | 1.159,08 | 1.159,08 | 123 |
| 505815 | 1.233,94 | 1.233,94 | 118 |
| 517547 | 1.754,35 | 1.754,35 | 120 |
| 517550 | 3.653,89 | 3.653,89 | 120 |
| 517554 | 745,03 | 745,03 | 120 |
| 517555 | 63,87 | 63,87 | 120 |
| 517559 | 2.093,55 | 2.093,55 | 121 |
| 517560 | 1.342,22 | 1.342,22 | 121 |
| 535994 | 3.728,86 | 3.728,86 | 124 |
| 544971 | 1.965,11 | 1.965,11 | 128 |
| 544972 | 1.790,31 | 1.790,31 | 128 |
| 544973 | 1.503,70 | 1.503,70 | 128 |
| 544982 | 6.644,67 | 6.644,67 | 129 |
| 546571 | 3.292,71 | 3.292,71 | 129 |
| 559544 | 6.976,57 | 6.976,57 | 129 |
| 559549 | 3.902,35 | 3.902,35 | 132 |
| 559556 | 4.610,63 | 4.610,63 | 132 |
| 559557 | 2.953,87 | 2.953,87 | 133 |
| 560440 | 1.048,84 | 1.048,84 | 133 |
| 560845 | 136,61 | 136,61 | 133 |
| 560846 | 6.299,13 | 6.299,13 | 133 |
| 560847 | 1.745,85 | 1.745,85 | 133 |
| 560848 | 265,79 | 265,79 | 134 |
| 561414 | 1.078,93 | 1.078,93 | 134 |

Com efeito, a diferença apurada no levantamento fiscal se refere ao valor informado pelo contribuinte à Refinaria de Petróleo, quanto enviou os Anexos previstos no Convênio 03/99 (Anexo V ou III). Portanto, não assiste razão ao autuado para sua irresignação.

Quanto à alegação defensiva de equívoco na aplicação da MVA para óleo combustível, também não acato, uma vez que nos demonstrativos acostados ao presente PAF pelos autuantes, às folhas 98/144, estão indicados diversos produtos como se pode observar na folha 114 relativo ao mês de junho de 2002, que contem lubrificantes, óleo diesel, óleo combustível, cujas margens de valor agregado são diferentes, pois são produtos distintos. Vale ressaltar que as referidas margens de valor agregado estão previstas no Anexo II do Convênio ICMS 03/99, vigentes à época, sendo aplicadas corretamente pelos autuantes.

Com relação ao argumento defensivo de que a MVA correta para óleo combustível corresponde ao percentual de 37,27%, ressalto que tal MVA deve ser aplicada nas operações interestaduais praticadas por Distribuidoras, quando inexistente no local de origem da aquisição de combustíveis Refinaria de Petróleo ou suas Bases, o que não ocorreu no caso em apreço, uma vez que as aquisições dos referidos combustíveis pelo autuado foi realizada no Terminal da Petrobrás em Brasília-DF, como se pode observar nas folhas 18/39 deste PAF. Com relação ao MVA de óleo diesel foi aplicada pelos autuantes os percentuais de 74,80% até 25/03/2002 e 70,56%, a partir de 26/03/2002 (fl. 106), de acordo com as alterações previstas no Convênio ICMS 38/02.

Por conseguinte, considero corretos os procedimentos adotados pelos autuantes, e mantenho integralmente a imputação fiscal.

Ante o exposto, julgo PROCEDENTE o presente Auto de Infração.

No Recurso Voluntário, o contribuinte, através de seus advogados, argüiu inicialmente a nulidade do lançamento fiscal por violação ao princípio da legalidade. Afirmou que no caso em

apreço, o ilustre Auditor Fiscal fundamentou a infração supostamente praticada pelo recorrente no Convênio ICMS 03/99, mais precisamente nas cláusulas terceira, quinta e sexta, olvidando-se de que este instrumento não tem o condão de imputar obrigação, sem o posterior crivo do Poder Legislativo. Declarou que os Convênios interestaduais não são fonte formal de obrigação não podendo servir de embasamento jurídico para imputação de infração ao contribuinte. Disse que o Convênio não é lei e que o CONFAZ não é órgão legislativo. Declarou que a norma convencional, apesar de fundamentada no art. 9º da LC 87/96 e nos arts. 102 e 199 do CTN, não tem o condão de imputar obrigações tributárias aos contribuintes. Citou lições de Hugo de Brito Machado e de Geraldo Ataliba. Requereu a declaração de nulidade do Auto de Infração, com base no art. 18, inc. IV, letra “a”, do RPAF/99, por faltar à acusação elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator.

Em seguida sustentou a nulidade alegando a existência de cerceamento do direito de defesa por inexatidão do “*quantum debeatur*”. Argumentou que o autuante deveria motivar a imputação da infração indicando de forma precisa a norma que havia sido infringida, ou seja, aquela que descreve a suposta obrigação principal não cumprida pelo contribuinte. Disse que em decorrência do erro de direito, houve violação ao seu direito à ampla defesa administrativa, pois a defesa foi apresentada “às cegas”, pois refutou infração sem a devida especificação. Argumentou que houve violação ao inc. LV, do art. 5º, da CF e ao art. 18, inc. II do RPAF, reafirmando que o erro de direito na autuação macula o Auto de Infração de nulidade, conforme decisões dos Tribunais Superiores pátrios, transcrevendo Decisão do STJ. Citou também o art. 39, inc. V, do RPAF, que trata dos requisitos do Auto de Infração. Transcreveu lições do prof. Souto Maior Borges, citando Rubens Gomes de Souza.

Mencionou, mais a frente, o princípio da verdade material, afirmando que os autuantes, em nenhum momento, agiram no sentido de colher dados corretos da escrita do recorrente. Declarou que no presente lançamento inexistem planilhas e demonstrações que demonstrem as apurações e os acréscimos realizados, constituindo um grave e flagrante cerceamento do direito de defesa, tornando imprestável o levantamento fiscal. Reiterou pedido de nulidade, alegando falta de segurança jurídica e desatendimento de requisitos de formalização do processo administrativo fiscal. Citou decisões do CONSEF, a exemplo das Resoluções nºs 0979/91 e 2247/91, além do Acórdão JF nº 198/00, para embasar o seu pedido de nulidade do Auto de Infração.

No mérito, argumentou que a exigibilidade de qualquer exação, incluindo-se os seus aspectos delimitadores, tais como fato gerador, base de cálculo e alíquota, só se torna possível com expressa previsão legal. Transcreveu o art. 150, inc. I, da CF e lições do prof. Paulo de Barros Carvalho. Afirmou que a retenção efetuada a menos do ICMS-ST, em virtude de informação prestada a menor pela distribuidora à refinaria através dos anexos exigidos no Convênio, se deu em virtude da não inclusão do ICMS próprio na sua base de cálculo, referente às vendas de óleo combustível para consumo de contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Ressaltou que embora sem elementos para uma conclusão segura acerca da infração apontada e admitindo-se apenas para fins de argumentação que o suposto crédito tem por base a diferença entre os valores apurados e recolhidos pelo contribuinte, onde não é incluído o ICMS na base de cálculo do próprio imposto, passou a aduzir o seguinte:

1. que a base de cálculo disciplina o aspecto quantitativo do tributo, e como tal, deve estar adstrita ao que dispõe a legislação pertinente - Princípio da Estrita Legalidade;
2. nas operações interestaduais, envolvendo combustíveis lubrificantes, derivados ou não de petróleo, aplica-se o que dispõe o Convênio ICMS 03/99, do qual é signatário o Estado da Bahia.
3. das inúmeras situações fáticas possíveis, tratou o referido convênio de dispor cláusula genérica sobre a base de cálculo, abrangendo o maior número de situações possíveis, excetuando em seus parágrafos, situações específicas, que por seu turno deverão ser aplicadas em consonância com as particularidades com as quais se revestem os diversos tipos de

operações envolvendo circulação de combustíveis lubrificantes. Regra geral: **A base de cálculo é o preço máximo ou único de venda a consumidor fixado por autoridade competente.** (cláusula terceira)

4. Fixado o parâmetro geral da base de cálculo do tributo “sub examine”, o legislador estabeleceu, a seguir, duas situações distintas: a) Relativas às operações internas (parágrafo oitavo da cláusula terceira); e, b) Relativas às operações interestaduais. Esta última subdividindo-se em duas: b’) Operações interestaduais realizadas com mercadorias não destinadas à industrialização ou comercialização não submetidas à substituição tributária nas operações anteriores (cláusula quarta, caput); e, b’’) operações interestaduais onde houver substituição tributária (cláusula quarta, parágrafo primeiro).
5. Nas operações internas (cláusula 3ª, § 8º), determina expressamente o legislador a inclusão do ICMS na base de cálculo do tributo devido. Transcreveu o dispositivo:

§ 8º - Tratando-se de operações internas, ao preço estabelecido por autoridade competente para a obtenção da base de cálculo a que se refere o § 1º, deverá ser incluído o ICMS.

Afirmou que o mesmo não ocorre em relação às operações interestaduais. Transcreveu o que dispõe a cláusula quarta do Convênio ICMS 03/99, *verbis*:

4º - Nas operações interestaduais realizadas com mercadorias não destinadas à industrialização ou à comercialização, que não tenham sido submetidas à substituição tributária nas operações anteriores, a base de cálculo é o valor da operação, como tal entendido o preço de aquisição pelo destinatário.

§ 1º Na hipótese em que o imposto tenha sido retido anteriormente sob a modalidade da substituição tributária, a base de cálculo será definida conforme previsto na cláusula terceira.

Argumentou que é neste § 1º que se enquadra o recorrente (operação em que houve prévia substituição tributária). Da exegese deste dispositivo, disse que a conclusão que podemos chegar é pela inexigibilidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da exação.

Declarou ser forçoso concluir, à luz do bom direito, que a “*voluntas legis*” não é fazer incidir o ICMS na base de cálculo neste tipo de operação, razão pela qual a cobrança, consubstanciada no Auto de Infração, não merece subsistir. Citou lições do tributarista Luciano Amaro, nos seguintes termos: “*Assim sendo, o intérprete deve partir do exame do texto legal, perquirindo o sentido das palavras utilizadas pelo legislador (na chamada interpretação literal ou gramatical); cumpre-lhe porém buscar uma inteligência do texto que não descambe para o absurdo, ou seja, deve preocupar-se com dar à norma um sentido lógico (interpretação lógica), que a harmonize com o sistema normativo em que ela se insere (interpretação sistemática) ...*”

Citou o Código Tributário Nacional sobre interpretação da legislação tributária (arts. 107 e ss.), para dizer da restrição do uso da analogia e de princípios gerais do direito somente nos casos em que houver ausência de disposição legal expressa. A operação hermenêutica, por sua vez, não poderá resultar na instituição ou majoração de tributos. Transcreveu também lições do prof. Aurélio Pitanga Seixas Filho.

Postulou pela inexigibilidade do crédito consubstanciado na Decisão recorrida, uma vez que a fazenda pública, na constituição do mesmo, não obedeceu aos ditames legais, em especial o que dispõe o art. 37, caput, da Constituição Federal.

Mais adiante, com base no Princípio processual da Eventualidade, embargou todos os aspectos do auto, embora imprecisa a imputação, com as seguintes argumentações.

No se refere ao óleo diesel, quando destinado para consumo, o Estado da Bahia autorizou a redução da alíquota em 40% (quarenta por cento), a partir de janeiro de 2003, o que não foi considerado pelos autuantes.

Em relação as demais mercadorias, destacou o disposto no artigo 155 da Constituição Federal de 1988, mais precisamente no inciso X de seu §2º e no artigo 3º da Lei Complementar nº 87/96, chamando a atenção para a imunidade das operações que destinem petróleo e combustíveis líquidos e gasosos derivados, inclusive lubrificantes.

Ressaltou que a previsão da não-incidência do ICMS nas operações interestaduais com petróleo e seus derivados somente irá ocorrer quando estes tiverem como destino a industrialização ou a comercialização. Todavia, no caso concreto, verificou-se que muitas das operações são destinadas a comercialização e outras para consumo. Inobstante os efeitos diversos na repercussão tributária nestas duas hipóteses, os ilustres autuantes, não as diferenciou, dando-lhes igual tratamento tributário, na contramão do quanto dispõe expressamente a Lei Complementar nº 87/96 e o entendimento já pacificado do Supremo Tribunal Federal.

Ao finalizar a peça recursal, o contribuinte formulou pedido pela reforma da Decisão de 1ª Instância, no sentido de se determinar o cancelamento do Auto de Infração. Caso assim não entenda o colegiado da Câmara, requereu o abrandamento da multa por infração de obrigação principal, ao teor do art. 159, do RPAF.

A Procuradoria Estadual, em Parecer acostado às fls. 469/471, se contrapôs aos argumentos empresariais. Afirmou, inicialmente, que a autuação está baseada em dispositivo normativo aplicável ao caso, qual seja, o Convênio ICMS 03/99. Destacou que no estado federativo o Convênio é essencial para a regulamentação das operações interestaduais que envolvem o tributo estadual, diante das variadas legislações estaduais que não poderiam ser impostas às outras unidades federativas. Afirmou que o Convênio é meio previsto na CF/88 e na LC 87/96 para regulamentar as operações interestaduais nos Estados signatários. Transcreveu os art. 2º, § 1º, III, e art 9, § 1º, I da Lei Complementar do ICMS. Não fosse suficiente, a Lei nº 7.014/96, instituidora do ICMS no Estado da Bahia, previu em seus arts. 10 e 11 a exigência do ICMS nas operações interestaduais com combustíveis, em consonância com a regra constitucional, devendo, portanto, ser afastada a nulidade suscitada. Pelas mesmas razões afastou a alegação de nulidade questionada em razão da falta de indicação precisa da legislação. Ademais, afirmou que os fatos que foram imputados ao autuado foram perfeitamente compreendidos. Quanto à necessidade de diligência, declarou que a sua necessidade deveria estar embasada em elementos a serem produzidos pelo autuado, ainda que por amostragem, momento em que deveria ser apontada a fragilidade da autuação, o que não ocorreu no caso em exame. Alertou ainda que neste processo já fora realizada diligência anterior ao julgamento de 1º grau para que fossem apuradas as alegações de pagamento anterior.

No mérito, afirmou que a diligência anterior facilitou ainda mais a defesa do autuado, pois este recebeu as planilhas com a indicação, nota por nota, dos valores que deveriam ter sido recolhidos. Declarou, a PGE/PROFIS, que a base de cálculo adotada está em consonância com a legislação aplicável, mencionado o art. 13, da LC 87/96, que dispõe que integra a base de cálculo do imposto o montante do próprio imposto, regra reproduzida na Lei Estadual nº 7.014/96 (art. 17). Ressaltou, ainda, que o próprio Convênio ICMS 03/99 somente exclui o ICMS da própria base de cálculo em alguns casos especiais, o que confirma a regra do ICMS “por dentro”. Ao final, opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Inicialmente o recorrente pede a nulidade do Auto de Infração por falta de embasamento legal, argumentando que o lançamento fora fundamentado em norma de Convênio, que não é lei. De acordo com a Lei Complementar nº 87/96, em seu art. 9º, a adoção do regime de substituição tributária, em operações interestaduais, dependerá de acordo específico celebrado pelos Estados

interessados. Essas normas são de reprodução obrigatória na legislação das unidades da Federação. A própria Lei nº 7.014/96, em seus arts. 10 e 11, prevê a exigência de ICMS nas operações interestaduais com combustíveis, de forma que a autuação não viola o princípio da legalidade. Nos posicionamos em concordância com o Parecer da Procuradoria Estadual, que destaca que o instrumento do Convênio torna-se imprescindível no regime federativo, em razão das variadas legislações estaduais que demandam tratamento uniforme para as operações interestaduais, sujeitas à incidência do ICMS. Ademais, esses convênios são ratificados pelos Estados e incorporados nas suas respectivas legislações internas. Pelas razões expostas afastamos a arguição de nulidade suscitada na peça recursal.

Quanto à alegação de nulidade por cerceamento do direito de defesa, de igual modo não merecem ser acolhidas as razões empresariais. Foi indicada de forma precisa a legislação violada e o Auto de Infração se encontra fundamentado nos demonstrativos anexados às fls. 98 a 144. Foi efetuada diligência na instância originária visando esclarecer os pontos controversos quanto ao cálculo do imposto, restando demonstrado qual o critério de apuração do tributo foi adotado pelos autuantes. Torna-se, assim, desnecessária a realização de nova diligência, requerida pelo autuado, razão pela qual deve a mesma ser indeferida. Da mesma forma as argumentações de violação ao princípio da verdade material não se sustentam, pois foram juntados ao PAF os demonstrativos que embasam a infração, cujas cópias o contribuinte recebeu no ato de intimação do lançamento de ofício.

No mérito o recorrente contesta o método de apuração do imposto, com a inclusão do ICMS na sua própria base de cálculo. Com efeito, esta acusação não se encontra estampada no Auto de Infração. Convém ressaltar que esses argumentos, relacionados à inclusão do ICMS na sua própria base de cálculo, sequer foram levantados na defesa submetida ao órgão julgador de 1ª Instância, havendo, no caso, evidente inovação de tese jurídica na fase recursal.

As diferenças apuradas pelos autuantes decorreram, segundo consta dos autos e da Decisão da JJF, de informações equivocadas prestadas pelo autuado à Refinaria, nos anexos V e III, do Convênio ICMS 03/99, para fins de repasse do ICMS-ST, ao Estado da Bahia, em relação às operações interestaduais realizadas pelo autuado para destinatários localizados neste Estado. Essas divergências decorreram de uso incorreto da MVA nas operações com óleo combustível e óleo diesel, conforme consta da tabela juntada à fl. 260 dos autos e de cálculos incorretos em relação aos demais produtos, a exemplo dos lubrificantes. Não prosperam, portanto, as alegações de que houve tratamento diferenciado dos autuantes para as operações destinadas a consumo e para fins de comercialização, visto que em ambas as situações, há imunidade do imposto na operação de origem, mas o ICMS-ST é devido ao estado de destino de mercadorias, e, havendo informação incorreta à Refinaria para repasse do imposto à Bahia, a responsabilidade pela infração é da distribuidora, conforme estabelece o Convênio ICMS 03/93.

Quanto ao pedido de redução da base de cálculo em 40%, a partir de 2003, nas operações com óleo diesel, destinadas a consumo, o pedido do contribuinte esbarra no texto da legislação (art. 87, inc. XIX, do RICMS), visto que o benefício se aplica tão-somente às operações internas, assim entendidas aquelas que tenham origem e destino no território do Estado. Considerando que o produto é originário do Distrito Federal, não há possibilidade de aplicação do benefício pleiteado. O legislador não ressalvou a aplicação da redução da base de cálculo nas operações iniciadas em outras unidades da Federação, nem mesmo sobre a base de cálculo da operação sujeita à retenção do ICMS. Ademais, a operação de origem é imune ao imposto, razão pela qual foi exigido neste auto apenas o ICMS devido por substituição tributária.

Por fim, o autuado requereu também o abrandamento da multa aplicada no Auto de Infração, com arrimo no art. 159 do RPAF. Trata-se de pedido de competência originária da Câmara Superior, com pressupostos de admissibilidade específicos. Falece competência a esta 2ª CJF para proceder à redução pleiteada, razão pela qual fica prejudicado o exame de seu mérito.

Ante o exposto, e com base na fundamentação acima alinhavada, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto, para manter inalterada a Decisão de 1ª Instância que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração.

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 **206949.0001/06-6**, lavrado contra **PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto o valor de **R\$150.764,96**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de novembro de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO - REPR. DA PGE/PROFIS