

PROCESSO - A. I. Nº 206960.0013/01-2
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e COMPANHIA BRASILEIRA DE PETRÓLEO IPIRANGA
RECORRIDOS - COMPANHIA BRASILEIRA DE PETRÓLEO IPIRANGA e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFICIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3^a JJF nº 0139-03/08
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 30/12/2008

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF N° 0395-12/08

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEIS. IMPOSTO RETIDO A MENOS POR EMPRESA ESTABELECIDA EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Os demonstrativos anexados aos autos comprovam que o imposto foi retido a menos, somente em relação ao item diesel. Refeitos os cálculos, o imposto originalmente apurado ficou reduzido, ficando elidida a exigência fiscal quanto aos itens gasolina e álcool. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida, através do Acórdão da 3^a JJF nº 0139-03/08, por ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito lhe imputado, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte que inconformado, com a referida Decisão apresenta a peça recursal respaldado no art. 169, I, “b”, do citado regulamento.

O relator de 1^a Instância declarou no seu voto que no mérito, o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS, em decorrência de retenção a menos do imposto e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas de gasolina, álcool e diesel, para contribuintes, localizados no Estado da Bahia, no período de março de 1997 a dezembro de 1998.

Quanto à gasolina e ao diesel, foi constatada divergência entre os valores encontrados no cálculo do ICMS-ST na forma estabelecida na legislação e os valores fornecidos pela empresa para o levantamento fiscal, que serviram de base para o repasse do imposto devido ao Estado da Bahia. Em relação ao álcool, as diferenças foram apuradas em virtude de a empresa não ter agregado à base de cálculo do ICMS-ST os valores referentes ao PIS e a CONFINS (despesas acessórias), que foram cobrados dos destinatários.

Por determinação da 3^a Junta de Julgamento Fiscal, foram realizadas diligências pelos autuantes, que refizeram os cálculos em relação à gasolina, esclarecendo à fl. 282 que houve erro de digitação quando da elaboração dos demonstrativos, e reconhecem a procedência das alegações do recorrente, informando que não há débito no período abrangido pelo Auto de Infração, por isso, retiraram do novo demonstrativo de débito os valores originalmente exigidos.

Com relação ao diesel, considerando a alegação do recorrente de que nas vendas de óleo diesel não foi observada pelos autuantes a Portaria Interministerial nº 04, de 27/07/1998 – fl. 235, que estabeleceu os preços máximos de venda de óleo diesel nos postos revendedores (podendo acrescer ou diminuir R\$0,004 do preço bomba a cada 20 km a partir da sede do município), os autuantes também reconheceram a procedência da alegação do recorrente. Por isso, informou que foi elaborada nova planilha demonstrando o desconto resultante do PMVC reduzido, relativo

às operações de vendas do óleo diesel para o adquirente Posto Seguro Derivados de Petróleo Ltda., situado a 58 km da sede do município de Viçosa. Em relação ao outro adquirente (Posto Glória), situado a 30 km da sede do município de Medeiros Neto, informaram que não foi constatada venda de óleo diesel para o período fiscalizado.

O recorrente contestou as conclusões apresentadas pelos autuantes, alegando que somente o estabelecimento Nossa Senhora Aparecida Comercial de Combustível Ltda., informou a localização em quilometragem, de seu estabelecimento para a sede do centro da cidade, mas não informou qual o sentido do deslocamento para a base supridora, e que nenhum outro estabelecimento informou a distância em quilometragem que se encontra do centro do município, portanto, entende que é impossível a conclusão fiscal se não houve, expressa mensuração dos postos intimados quanto à real distância em quilometragem, bem como o sentido da base supridora.

Observou que não assiste razão ao recorrente, tendo em vista que foi indicada a localização de cada posto revendedor, “dentro da cidade”, e a Portaria Interministerial nº 04, de 27/07/2008 – fl. 235 estabelece no § 2º do art. 1º que “os preços máximos de óleo diesel nos postos revendedores situados fora da sede do município ou de área-cidade de base de distribuição serão reduzidos de valor igual a R\$0,004/l a cada 20 km percorridos a partir da sede do município, no sentido da base supridora e acrescidos de igual valor em caso de movimentação em sentido oposto ao da base supridora”.

Assim, quanto aos demais adquirentes, cinco clientes relacionados na manifestação do defensor para tentar comprovar que se enquadravam na hipótese da Portaria Interministerial 04/98, para dirimir qualquer, os autuantes intimaram os contribuintes citados pelo defensor para declararem a real localização em relação à cidade sede do município, conforme declarações acostadas às fls. 304 a 308, ficando comprovada a correção do procedimento fiscal em relação a esses adquirentes, devendo prevalecer os cálculos efetuados às fls. 283 a 285.

O item 3 (três), do levantamento fiscal se reporta ao recolhimento a menos do ICMS em relação às operações com álcool, por não terem sido incluídos na base de cálculo da substituição tributária os valores referentes ao PIS/COFINS, encargos debitados aos destinatários do referido produto.

A exigência fiscal foi efetuada com base no entendimento de que deveria ser incluído na base de cálculo da substituição tributária o valor dos encargos relativos ao PIS e à COFINS, o que estaria de acordo com o previsto no art. 8º, inciso II, alínea “b” da Lei Complementar nº 87/96, “*in verbis*”:

Art. 8º - A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:...

II – em relação às operações ou prestações subsequentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

- a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;*
- b) o montante dos valores de seguro, de frete, e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;*
- c) a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subsequentes. (Grifos nossos)*

A legislação ordinária estadual da Bahia – Lei Estadual nº 7.014/96, repete a regra acima reproduzida no art. 23, inciso II, alínea “b”, salientando-se que tal norma estava prevista à época dos fatos geradores objeto da autuação, no Convênio ICMS 105/92, recepcionado pela legislação estadual.

Em síntese, o defensor alega que as parcelas consideradas como não incluídas na base de cálculo se referem ao valor devido pelos Postos Revendedores em suas vendas para

consumidores finais; que PIS e COFINS devidos pelos Postos Revendedores e retidos antecipadamente pelo impugnante estavam incluídos na base de cálculo do ICMS-ST; que a partir de 01/11/1999, com a vigência do art. 4º da Lei nº 9.718/98, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do PIS e da COFINS foi atribuída às distribuidoras a condição de substitutas tributárias dos varejistas em relação ao AEHC; e que destacava no corpo da Nota Fiscal e adicionava ao valor total da operação os valores relativos ao PIS e à COFINS incidentes sobre o faturamento do AEHC. Neste caso, entendeu que ao aplicar margem de valor agregado sobre as parcelas do PIS e da COFINS retidos antecipadamente, acarretaria *bis in idem*.

Observando que o art. 5º da Lei nº 9.718/98 estabelecia à época dos fatos que as distribuidoras de álcool para fins carburantes ficavam obrigados a cobrar e recolher, na condição de contribuintes substitutos as contribuições relativas ao PIS e a CONFINS devidas pelos comerciantes varejistas, relativamente às vendas que lhes fizessem, ou seja, houve o deslocamento da responsabilidade pelo recolhimento das contribuições de PIS e COFINS para a distribuidora.

O Convênio ICMS 105/92, que foi revogado pelo Convênio ICMS 03/99, atribuiu aos remetentes de combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, situados em outras unidades da Federação, a condição de substitutos tributários, relativamente ao ICMS incidente sobre as operações com esses produtos, a partir da operação que os remetentes estiverem realizando, até a última, assegurando o seu recolhimento à unidade federada onde estiver localizado o adquirente.

Em relação à base de cálculo do imposto, a Cláusula Segunda do mencionado Convênio ICMS 105/92 estabelecia que a mesma fosse apurada de acordo com o preço máximo ou único de venda a consumidor fixado pela autoridade competente, e na falta desse preço, a base de cálculo será o montante formado pelo preço estabelecido pela autoridade competente para o remetente, ou, em caso de inexistência deste, o valor da operação acrescido, em ambos os casos, do valor de qualquer encargo transferível ou cobrado do destinatário, adicionados, ainda, do valor resultante da aplicação do percentual de margem de lucro, de 31,69%.

Portanto, a legislação vigente à época estabelecia uma carga tributária de forma que fosse alcançado o preço final de venda a consumidor praticado pelo Revendedor. Neste caso, entende-se que a MVA de 31,69% já contemplava todos os tributos incidentes na comercialização da mercadoria, inclusive PIS e COFINS.

A partir de 01/07/2000, o faturamento dos estabelecimentos varejistas deixou de ser tributado pelo PIS e COFINS, e com a alteração da legislação pertinente à matéria, houve a necessidade de alterar a MVA, para adaptar à nova realidade, de forma que não provocasse majoração do imposto estadual. Assim, com a edição do Convênio ICMS 37/00, com efeitos a partir de 01/07/00, foi estabelecida nova Margem de Valor Agregado, ficando alterada de 31,69% para 23,28%.

Vale salientar que na impossibilidade de aplicação dos percentuais previstos na cláusula primeira do citado Convênio ICMS 37/00, para o cálculo da contribuição PIS e COFINS, o § 3º da mencionada cláusula primeira prevê a aplicação da MVA anteriormente vigente (31,69%).

Analizando os dispositivos legais anteriormente citados, chegou à conclusão de que as MVA's previstas até a edição do Convênio ICMS 37/00, para a circulação interna de álcool hidratado realizada pelas distribuidoras já contemplavam a carga tributária relativa às contribuições para o PIS e a COFINS, devida pelos estabelecimentos varejistas, e a partir de 01/07/00 foi compatibilizada a carga tributária com a alteração da MVA, depreendendo-se que os valores do PIS e da COFINS cobrados dos varejistas pelas distribuidoras de álcool até junho de 2000, não se incluem na indicação que o Convênio ICMS 105/92 trazia quanto aos encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, para se incluir na base de cálculo do imposto por substituição tributária. Portanto, concluo que não é devido o imposto exigido no presente lançamento, relativamente à inclusão das contribuições de PIS e COFINS na base de cálculo da substituição tributária no período fiscalizado (exercícios de 1997 e 1998).

Salientando que este posicionamento já foi adotado neste CONSEF em julgamentos anteriores nas Câmaras de Julgamento Fiscal, a exemplo dos seguintes Acórdãos: **CJF 0067-12/05** e **CJF 0007-11/06**. Infração insubstancial quanto ao item álcool.

Acatando os cálculos apresentados pelos autuantes quando realizaram revisão fiscal (fl. 285), no qual foram parcialmente aceitas as alegações recorridas em relação ao óleo diesel, concluindo pela Procedência Parcial deste Auto de Infração, no valor total de R\$10.665,01, conforme demonstrativo de débito à fl. 285, quanto aos valores relativos ao óleo diesel, tendo em vista a improcedência do imposto exigido em relação ao álcool e gasolina.

Face ao exposto, votou pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

O recorrente através do seu Recurso Voluntário volta a se insurgir, exclusivamente contra a Decisão da JJF, em relação à venda de óleo diesel, em virtude de divergência entre os valores encontrados no cálculo do ICMS-ST, na forma do Convênio ICMS 105/92 e alterações posteriores, cláusula segunda combinada com PMVC constante nas Portarias Interministeriais e os valores fornecidos pela empresa, registrados no levantamento fiscal, que serviram de base para a refinaria repassar o imposto devido ao Estado da Bahia. Alegando também que as diferenças consideradas pelos autuantes em relação ao óleo diesel se deram pela não observância da determinação constante na Portaria Interministerial nº 04/98, que permitia a redução do valor de R\$0,004 do preço bomba, quando o adquirente fosse localizado na distância superior a 20 km da sede de seu Município ou da área-cidade da base de distribuição.

A PGE/PROFIS através do seu Parecer de fl. 361, observou que a lide reside unicamente na questão do valor da base de cálculo das operações com óleo diesel. A alegação recursal é de que a Portaria Interministerial nº 04 não prevê a redução ou acréscimo ao preço máximo de venda em razão das distâncias entre a Distribuidora e o Posto de Combustível e como os postos localizados no centro urbano (doc. de fls. 304 a 308), não podem ter os seus preços alterados com fundamento na dita Portaria, já que os referidos postos não distam o suficiente do Distribuidor.

VOTO

Em relação ao Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida exonerado parcialmente o sujeito passivo do débito originalmente exigido de R\$30.375,98 conforme previsto, no art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1 (um), do RPAF, e no Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1^a Instância no que tange à exigência do ICMS.

Da análise do Recurso de Ofício, a ação fiscal é procedente conforme demonstrativo de débito à fl. 285, relativos aos valores quanto ao óleo diesel. No que tange ao valor da base de cálculo das operações com óleo diesel, tendo em vista a improcedência do imposto exigido em relação ao álcool e gasolina, conforme prever os dispositivos legais, citados no voto do relator de primeira instância, concluo que as MVA's previstas até a edição do Convênio ICMS 37/00, para a circulação interna de álcool hidratado realizada pelas distribuidoras já contemplavam a carga tributária relativa às contribuições para o PIS e a COFINS, devida pelos estabelecimentos varejistas.

A partir de 01/07/00 foi compatibilizada a carga tributária com a alteração da MVA, depreendendo-se que os valores do PIS e da COFINS cobrados dos varejistas pelas distribuidoras de álcool até junho de 2000, não se incluem na indicação que o Convênio ICMS 105/92 trazia quanto aos encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, para se incluir na base de cálculo do imposto por substituição tributária.

Quanto à gasolina e ao diesel, foi constatada divergência entre os valores encontrados no cálculo do ICMS-ST na forma estabelecida na legislação e os valores fornecidos pela empresa para o levantamento fiscal, que serviram de base para o repasse do imposto devido ao Estado da Bahia. Em relação ao álcool, as diferenças foram apuradas em virtude de a empresa não ter agregado à base de cálculo do ICMS-ST os valores referentes ao PIS e a CONFINS (despesas acessórias), que foram cobrados dos destinatários. Por determinação da 3^a Junta de Julgamento Fiscal, foram

realizadas diligências pelos autuantes, que refizeram os cálculos em relação à gasolina, esclarecendo à fl. 282 que houve erro de digitação quando da elaboração dos demonstrativos, e reconhecem a procedência das alegações do recorrente, informando que não há débito no período abrangido pelo Auto de Infração, por isso, retiraram do novo demonstrativo de débito os valores originalmente exigidos.

Desta forma, não é devido o imposto exigido no presente lançamento, relativamente à inclusão das contribuições de PIS e COFINS na base de cálculo da substituição tributária no período fiscalizado (exercícios de 1997 e 1998).

Observo que este posicionamento já foi adotado neste CONSEF em julgamentos anteriores nas Câmaras de Julgamento Fiscal, a exemplo dos seguintes Acórdãos: CJF 0067-12/05 e CJF 0007-11/06. Infração insubstancial quanto ao item álcool. Mantendo a Decisão recorrida.

Quanto ao Recurso Voluntário, os argumentos alegados pelo recorrente não elidem a ação fiscal, já que os postos de combustível estão localizados no centro urbano, conforme os doc. de fls., 304 a 308, e não estão o suficientemente distantes do Distribuidor, e seus preços não podem ser alterados, com fundamento na dita Portaria Interministerial nº 04, § 2º do art. 1º de 27/07/2008. Acato, portanto os cálculos apresentados pelos autuantes quando realizaram revisão fiscal (fl. 285), no qual foram parcialmente aceitas as alegações recorridas em relação ao óleo diesel, concluo pela procedência parcial deste Auto de Infração, no valor total de R\$10.665,01, conforme demonstrativo de débito à fl. 285, quanto aos valores relativos ao óleo diesel, tendo em vista a improcedência do imposto exigido em relação ao álcool e gasolina.

Mantendo a Decisão recorrida no que tange ao valor da base de cálculo das operações com óleo diesel.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO de ambos os Recursos, de Ofício e Voluntário, mantendo a Decisão recorrida que julgou o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 206960.0013/01-2, lavrado contra COMPANHIA BRASILEIRA DE PETRÓLEO IPIRANGA, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$10.665,01, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de dezembro de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

EDUARDO CEZAR GONÇALVES BRAGA - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS