

A. I. Nº - 206960.0013/01-2
AUTUADO - COMPANHIA BRASILEIRA DE PETRÓLEO IPIRANGA
AUTUANTE - JUAREZ ANDRADE CARVALHO e JOSÉ AUGUSTO MARTINS VICENTE
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 14/05/2008

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0139-03/08

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEIS. IMPOSTO RETIDO A MENOS POR EMPRESA ESTABELECIDADA EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. 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. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/11/2001, refere-se à exigência de R\$30.375,98 de ICMS, acrescido da multa de 60%, tendo em vista que foi constatada retenção a menos do imposto 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, no período de março de 1997 a dezembro de 1998. De acordo com a descrição dos fatos, a autuação fiscal é decorrente dos seguintes motivos:

Gasolina: em virtude de divergência entre os valores encontrados no cálculo do ICMS-ST na forma do Convênio 105/92 e posteriores alterações, cláusula segunda, e os valores fornecidos pela empresa para o levantamento fiscal, que serviram de base para o repasse do imposto devido ao Estado da Bahia.

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 combinado 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.

Álcool: em virtude de a empresa não ter agregado à base de cálculo do ICMS-ST os valores referentes ao PIS e à CONFINS (despesas acessórias), que foram cobrados dos destinatários.

Consta à fl. 04, Comunicação Interna de nº 01/2005 ao Sr. Gerente (GECRED/CAP), assinado pelo autuante Juarez Andrade Carvalho nos seguintes termos: “Em razão do extravio do Auto de Infração Nº 206960.0013/01-2 da empresa Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga, contribuinte substituto tributário com inscrição nº 36.081.372 e CNPJ nº 33069.766/0042-50, situada na Rua Ponta de Tubarão, s/n, Bairro Jardim Camburí, Vitória – ES, venho solicitar, com base nos procedimentos estabelecidos na Portaria 370/2000, a RECONSTITUIÇÃO do PAF acima identificado. Para tanto, foram juntados cópias de todos os documentos que se encontravam arquivados em mãos dos Auditores Autuantes...”

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação (fls. 130 a 143), alegando que, para melhor entendimento das questões e tentar demonstrar a improcedência da autuação, trata separadamente as operações com cada um dos produtos objeto da exigência fiscal. Quanto às

vendas interestaduais de álcool hidratado alega que a autuação foi efetuada por não ser agregado à base de cálculo da substituição tributária os valores referentes ao PIS e à COFINS (despesas acessórias), destacados nas Notas fiscais. Afirmo que essas parcelas consideradas como não incluídas na base de cálculo se referem ao valor devido pelos Postos Revendedores em suas vendas para consumidores finais. Reproduz a Cláusula Segunda do Convênio ICMS 105/92, e assegura que o PIS e a COFINS devidos pelos Postos Revendedores e retidos antecipadamente pelo impugnante estavam incluídos na base de cálculo do ICMS-ST, e por isso, entende que o procedimento adotado pela empresa está correto e não merece reparos. Comenta sobre a tributação pelo PIS e pela COFINS envolvendo operações com Álcool Etílico Hidratado Comum - AEHC, assegurando que a partir de 01/11/1999, com a vigência do art. 4º da Lei 9.718/98, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do PIS e da COFINS incidentes sobre o faturamento da gasolina e óleo diesel pelos Postos Revendedores foi transferida para a refinaria de petróleo, mantendo-se para as distribuidoras a condição de substitutas tributárias dos varejistas em relação ao AEHC. Quanto à base de cálculo, diz que nas operações interestaduais que destinassem AEHC ao Estado da Bahia apurava-se a base de cálculo do imposto a partir da adição das seguintes parcelas: a) valor da operação ou preço de venda da distribuidora, na qual estava incluído o próprio ICMS; b) o valor de quaisquer encargos transferíveis ou cobrados do destinatário; c) o valor resultante da aplicação do percentual de lucro ou margem de valor agregado. O defendente informa que além dessas parcelas, em cumprimento à legislação vigente, 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. Diz que aplicar margem de valor agregado sobre as parcelas do PIS e da COFINS retidos antecipadamente, acarretaria *bis in idem*, tendo em vista que as mencionadas contribuições já estavam contempladas nos referidos percentuais. Afirmo que o PIS e a COFINS próprios da distribuidora (incidentes sobre o seu faturamento) fazem parte do valor da operação e já foram considerados na formação do preço de venda, estando, portanto, contemplados na base de cálculo do ICMS; o valor da operação praticado pelo Revendedor é presumido a partir da aplicação da margem de valor agregado sobre o valor da operação praticado pela distribuidora, acrescido dos demais encargos. Portanto, o defendente entende que a margem de valor agregado representa o *quantum* percentual que deve ser aplicado ao preço da distribuidora para que se obtenha o preço presumivelmente praticado pelo Posto Revendedor, e se fosse de outra forma, a legislação tributária estaria majorando a base de cálculo do ICMS-ST, fazendo com que o imposto incidisse cumulativamente sobre a parcela já tributada. Assegura que as parcelas do PIS e da COFINS retidos antecipadamente pela distribuidora compõem o preço praticado pelos Postos Revendedores, sendo improcedente a exigência fiscal. Diz que a partir de 01/07/2000, com as alterações introduzidas na Lei 9.718/98, extinguiu-se a substituição tributária do PIS e da COFINS, e estas contribuições passaram a incidir sob a alíquota zero. Neste caso, para compensar, foram majoradas as alíquotas do PIS e da COFINS incidentes no faturamento de AEHC pelas distribuidoras. Afirmo que em virtude das alterações, não mais poderiam ser consideradas no cálculo das margens de valor agregado as parcelas do PIS e da COFINS, anteriormente incidentes sobre os faturamentos dos Postos Revendedores. Portanto, a partir de 01/07/2000, entrou em vigor o Convênio 37/00 para adequar o ICMS à nova sistemática de tributação do PIS e da COFINS. O mencionado Convênio veio assegurar a contemplação do PIS e da COFINS na base de cálculo do ICMS-ST, de forma a manter a carga tributária do ICMS, compensando a perda do ICMS retido por substituição tributária. Conclui que é improcedente a exigência do imposto porque o PIS e a COFINS, à época retidos antecipadamente pelo impugnante, já estavam inclusos nos percentuais de margem de lucro, compondo a base de cálculo do ICMS-ST, não justificando o seu cômputo em duplicidade. Em relação às vendas interestaduais de gasolina comum e F1 Master, alega que as diferenças apuradas são improcedentes por inobservância pelos autuantes da legislação vigente à época. Diz que as diferenças relativas aos meses de setembro a novembro de 1997 foram constatadas em função da inobservância da legislação estadual, uma vez que no cálculo do ICMS-ST foi utilizado pelos autuantes o preço bomba de R\$0,3440/litro quando o

correto seria o preço utilizado pelo impugnante, de R\$0,3340/litro, conforme Portaria nº 111 do Ministério da Fazenda, datada de 20/05/1997. Alega que as diferenças encontradas no período relativo à segunda quinzena do mês 06/98, decorre da inobservância do Decreto Presidencial nº 2607, de 28/05/1998. Diz que em cumprimento à sistemática determinada no Convênio ICMS 03/99, para fins de ajuste nas vendas interestaduais que destinavam o produto para o Estado da Bahia, o impugnante informava o valor do imposto a ser repassado a este Estado, que poderá ser inferior ou superior àquele retido antecipadamente pela Refinaria. Diz que, analisando os cálculos efetuados pelos autuantes, constatou que os mesmos utilizaram o percentual de 22% de álcool anidro, quando o correto, no período de 15 a 28/06/1997, seria de 24%, conforme o Decreto 2.607/97, por isso, o defendente alega que inexistente qualquer diferença de imposto a recolher. Quanto às vendas interestaduais de óleo diesel, o defendente alega que no cálculo do imposto exigido, os autuantes observaram tão somente os anexos das Portarias Interministeriais, sem aplicar o disposto no texto legal dessas portarias. Por exemplo, os autuantes utilizaram a Portaria Interministerial de nº 04, de 27/06/1998, que prevê no § 2º do art. 1º que se deve acrescentar ou diminuir R\$0,004 do preço bomba a cada 20 km a partir da sede do município, se o deslocamento é feito no sentido base distribuidora ou no sentido oposto ao da base distribuidora. Afirma que dentre as notas fiscais arroladas no levantamento fiscal incluem-se, exemplificativamente, aquelas relativas às vendas destinadas aos clientes Porto Seguro Derivados de Petróleo Ltda. e Nestor Costa, que se localizam fora do centro de seus respectivos municípios, à, respectivamente, 58 e 30 km do centro, e por isso, enquadram-se nas hipóteses de redução previstas no dispositivo legal citado anteriormente. Diz que, para os mencionados clientes, bem como, para todas as operações consideradas na autuação, os autuantes se limitaram a aplicar o PMVC definido para o município em que se localizavam cada um dos destinatários da mercadoria, desconsiderando por completo a norma que determina os acréscimos e reduções nos PMVC. Em função do mencionado erro, o defendente requer seja o presente PAF baixado em diligência para que possam ser refeitos os cálculos dos autuantes, e assim, possa ser verificada a certeza e liquidez do débito apurado. Finaliza, reiterando o pedido de realização de diligência fiscal, para que sejam refeitos os cálculos dos autuantes relativos às vendas interestaduais que destinavam óleo diesel a clientes localizados neste Estado. Pede a improcedência do presente Auto de Infração.

Os autuantes, em sua informação fiscal às fls. 120 a 122 dos autos, dizem que em relação aos itens 1 e 2 da infração (gasolina e diesel) foram analisadas as planilhas e os documentos de comprovação de recebimentos do ICMS-ST enviados pelo autuado em 01/11/01, os quais foram anexados ao Termo de Intimação, e consideraram evidentes as provas, tendo sido reduzido o total do débito de R\$865.469,53 para R\$157.970,30, em razão dos documentos e das provas apresentadas pelo contribuinte. Informam que a planilha do levantamento de débito (resumo mensal) encontra-se às fls. 7 a 10 do PAF, e a planilha analítica (nota a nota) encontra-se às fls. 30 a 140. Asseguram que após a redução do valor constante do Termo de Intimação para pagamento do débito em virtude da comprovação fornecida pelo contribuinte, não foi apresentado nenhum documento novo que justificasse nova redução, por isso, os autuantes dizem que ficam mantidos os valores do presente Auto de Infração. Quanto ao item 3 (agregação do PIS e da COFINS à base de cálculo) informam que a Cláusula segunda do Convênio ICMS 105/92 é clara ao definir como base de cálculo do ICMS-ST “o valor da operação acrescido, em ambos os casos, do valor de qualquer encargo transferível ou cobrado do destinatário”. Dizem que foi encaminhada consulta à DITRI, que encaminhou à GERSU, tendo sido emitido parecer em 24/08/2001, “ratificando o entendimento desta fiscalização (Anexo 01 e 03), motivo pelo qual lavramos a Intimação para pagamento do débito e posteriormente, o presente auto”. Finalizam, ratificando toda a ação fiscal, pedindo a procedência do presente Auto de Infração.

Consta à fl. 203, intimação ao contribuinte, cientificando-lhe quanto à reconstituição do processo administrativo fiscal, e solicitando fornecer todos os documentos de que dispunha relativos ao

PAF, sendo apresentada pelo defendente (fl. 208) petição acompanhada de cópia do Auto de Infração, bem como, da impugnação apresentada, além dos documentos que instruíram a defesa.

Foi exarado o PARECER PGE/PROFIS Nº 780/2006 (fls. 246/247), dando por reconstituído o processo original, recomendando a intimação ao contribuinte quanto ao encerramento do processo de reconstituição, e da reabertura do prazo de trinta dias para pagamento do Auto de Infração ou apresentação de defesa.

O contribuinte foi intimado na forma solicitada pela PROFIS (fl. 249), tendo apresentado a impugnação às fls. 251 a 263 com as mesmas alegações da defesa inicial, mencionando o entendimento do CONSEF, inclusive uma decisão da 2ª Câmara de Julgamento fiscal no julgamento pela improcedência do Auto de Infração de nº 279463.0008/03-9 lavrado contra o defendente, de igual teor ao presente lançamento, transcrevendo parte do Acórdão CJF Nº 0166-12/04. Finaliza, pedindo a realização de diligência fiscal e que ao final, seja julgada improcedente a presente autuação fiscal.

Os autuantes prestam nova informação fiscal (fls. 271 a 278), aduzindo que o voto citado pelo defendente refere-se apenas ao produto álcool hidratado, enquanto o presente Auto de Infração se refere à retenção efetuada a menos nas vendas realizadas para o Estado da Bahia dos produtos gasolina, diesel e álcool hidratado. Sobre os precedentes do CONSEF, os autuantes transcrevem decisões tanto de Junta de Julgamento Fiscal quanto de Câmara de Julgamento Fiscal em que foram julgadas procedentes infrações idênticas às que foram levantadas no presente Auto de Infração. Por fim, ratificam toda a ação fiscal e pedem a procedência do presente lançamento.

Tendo em vista que na informação fiscal os autuantes não se manifestaram sobre a totalidade das alegações do defendente, esta Junta de Julgamento Fiscal, deliberou converter o presente processo em diligência à Infaz de origem (fls. 280) para nova informação fiscal abrangendo todos os aspectos da defesa, conforme § 6º do art. 127 do RPAF/99.

Nova informação fiscal foi prestada pelos autuantes à fl. 282, aduzindo que em relação à alegação defensiva de que nas vendas interestaduais de gasolina comum e F1 Máster, não foi observada a legislação pertinente (Portaria 111 do Ministério da Fazenda, datada de 20/05/1997 e Decreto Presidencial de nº 2607/98) os autuantes reconhecem que houve erro de digitação quando da confecção da tabela que estava inserida no programa utilizado na época, para apurar o ICMS-ST dos combustíveis e outros produtos derivados de petróleo. Assim, reconhecendo a procedência da alegação do autuado, os autuantes informaram que refizeram os cálculos e concluíram que em relação à gasolina não há débito no período fiscalizado, e por isso, retiraram do novo demonstrativo de débito os valores originalmente apurados.

Quanto à alegação defensiva de que na vendas de óleo diesel não foi observada pelos autuantes a Portaria Interministerial nº 04, de 27/07/1998 (acrescer ou diminuir R\$0,004 do preço bomba a cada 20 km a partir da sede do município), os autuantes também reconhecem a procedência da alegação do autuado. Por isso, informam 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, informam que não foi constatada venda de óleo diesel para o período fiscalizado, de 29/07/98 a 31/12/98. Os autuantes concluem, informando que o demonstrativo que acostaram à fl. 284 contempla reduções dos débitos do ICMS-ST resultantes dos novos cálculos em razão das alegações defensivas procedentes e atendem às questões requeridas pelo relator, ficando alterado o valor originalmente exigido no presente Auto de Infração para R\$21.257,75.

Intimado a tomar conhecimento da informação fiscal e demais elementos acostados ao PAF pelos autuantes, o defendente apresentou nova manifestação às fls. 291 a 295, inicialmente fazendo uma síntese da autuação e da impugnação inicial, aduzindo que em relação às operações

interestaduais com gasolina os autuantes concluíram que inexistia débito de imposto no período abrangido pelo presente lançamento, e por isso, requer a exclusão de tais imputações. Quanto às operações com óleo diesel, o defendente salienta que os autuantes concluíram que, de fato, cabia a redução apontada na impugnação inicial, e considerando as provas acostadas aos autos, elaboraram nova planilha. O defendente entende que deve ser revisto o lançamento para reduzir o valor apurado na diligência, devendo ser excluídas as operações com óleo diesel realizadas para todos os clientes que se encontravam na situação permissiva da Portaria Interministerial. Entende que as diferenças apontadas pela fiscalização se deram em razão do equívoco dos autuantes em relação ao preço bomba, deixando de aplicar a Portaria Interministerial 04/1998, cabendo quanto a este ponto a exclusão do débito do Auto de Infração em lide, o que requer. Assim, o impugnante requer a exclusão das operações efetuadas para os clientes que se encontravam na situação da Portaria Interministerial nº 04/98, e que não foram contempladas pelos autuantes quando da diligência, de acordo com as provas da incidência da norma para as operações realizadas com os seguintes clientes: Jorge Henrique Moreira Lourenço (doc 07 – fl. 237), Posto de Abastecimento Itanhem Ltda. (doc. 08 – fl. 238), Derivados de Petróleo GEF Ltda. (doc. 10 – fl. 240), Nossa Senhora Aparecida Comercial de Combustíveis Ltda. (doc. 11 – fl. 241) e Auto Posto Skalla (doc. 12 – fl. 242). Por fim, o autuado pede a anulação do presente Auto de Infração, por entender que estão comprovados os seus procedimentos na substituição tributária com relação às operações interestaduais com gasolina, diesel e álcool.

Em nova informação fiscal prestada à fl. 303, os autuantes esclarecem que, quando efetuaram a diligência fiscal tiveram o cuidado de verificar quais os clientes que realmente se encontravam na hipótese da Portaria Interministerial 04/98, e identificaram dois clientes apenas, e para um deles não houve operações de vendas no período abrangido pela fiscalização. Quanto ao argumento do autuado de que cinco clientes relacionados na manifestação do defendente se enquadravam na hipótese da Portaria Interministerial 04/98, para dirimir qualquer dúvida e provar de forma cabal a procedência do lançamento, os autuantes intimaram os contribuintes citados pelo defendente para declararem a real localização em relação à cidade sede do município, conforme declarações acostadas às fls. 304 a 308. Portanto, os autuantes dizem que a alegação do autuado em sua manifestação é totalmente improcedente. Finalizam, confirmando as informações e demonstrativos elaborados quando da diligência fiscal, quando foi apurado que o débito original ficou reduzido para R\$21.257,75.

Considerando que o defendente não tomou conhecimento dos documentos de fls. 304 a 308, acostados aos autos pelos autuantes quando prestaram a última informação fiscal, esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal, deliberou converter o presente processo em diligência à Infaz de origem, para a repartição fiscal intimar o autuado e lhe fornecer os mencionados documentos, inclusive a informação fiscal de fl. 303, mediante recibo assinado pelo contribuinte ou seu representante legal, concedendo o prazo de 10 (dez) dias para o mesmo se manifestar, querendo.

O defendente foi intimado e se manifestou às fls. 319 a 321, aduzindo que restou controvertida a questão referente à aplicabilidade da Portaria Interministerial nº 04/98, nas hipóteses em que foram realizadas as operações interestaduais com óleo diesel pela Distribuidora autuada. Para comprovar a distância entre os adquirentes dos produtos comercializados, diz que os autuantes procederam à intimação dos contribuintes, Jorge Henrique Moreira Loureiro, Posto de Abastecimento Itanhem Ltda., Derivados de Petróleo GEF Ltda., Nossa Senhora Aparecida Comercial de Combustíveis Ltda. e Auto Posto Skalla. Afirma 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. Assegura que nenhum outro estabelecimento informou a distância em quilometragem que se encontra do centro do município, portanto, é impossível a conclusão fiscal, se não houve expressa menção dos postos intimados quanto à real distância em quilometragem, bem como o sentido da base supridora. Diz que a incidência da

Portaria pressupõe a quilometragem superior a 20 km, considerando que a base supridora está localizada em São Francisco do Conde, precisamente na Rodovia BA 523, km 4, em Mataripe, que fica cerca de 60 km de Salvador. Por fim, o defendente manifesta a sua inconformidade com a conclusão da diligência fiscal, requerendo seja procedida nova intimação para que os Postos Revendedores informem especificamente qual a quilometragem do estabelecimento empresarial para o centro do município e se esta distância “é no sentido ou no sentido oposto da base supridora”.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade argüida pelo autuado, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS, em decorrência de retenção a menos do imposto e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas de gasolina, álcool e diesel, realizadas 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 à CONFINS (despesas acessórias), que foram cobrados dos destinatários.

Por determinação desta Junta de Julgamento Fiscal, foi realizada diligência 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 defensivas, informando que não há débito no período abrangido pelo Auto de Infração, por isso, retiraram do novo demonstrativo de débito os valores originalmente exigidos.

Em relação ao diesel, considerando a alegação defensiva 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 autuado. Por isso, informaram 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 autuado 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 menção dos postos intimados quanto à real distância em quilometragem, bem como o sentido da base supridora.

Observo que não assiste razão ao defendente, 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, estabeleceu 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 defendente para tentar comprovar que se enquadravam na hipótese da Portaria Interministerial 04/98, para dirimir qualquer, os autuantes intimaram os contribuintes citados pelo defendente 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 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 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 montantes 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 nº 105/92, recepcionado pela legislação estadual.

Em síntese, o defendente 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 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, entende que aplicar margem de valor agregado sobre as parcelas do PIS e da COFINS retidos antecipadamente, acarretaria *bis in idem*.

Observe que o art. 5º da Lei 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 à COFINS 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 será 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%).

Analisando os dispositivos legais anteriormente citados, chego à conclusão de que as MVAs 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, devidas 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 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).

Saliento 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 insubsistente quanto ao item álcool.

Acatando os cálculos apresentados pelos autuantes quando realizaram revisão fiscal (fl. 285), no qual foram parcialmente aceitas as alegações defensivas 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.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206960.0013/01-2, lavrado

contra **COMPANHIA BRASILEIRA DE PETRÓLEO IPIRANGA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total 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.

Esta Junta recorre, de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de maio de 2008

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - JULGADOR