

A. I. N° - 206949.0001/08-2
AUTUADO - PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A.
AUTUANTES - MARCO ANTONIO DE SOUZA FORTES e JOSÉ AUGUSTO MARTINS VICENTE
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 16. 02. 2009

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0005-01/09

EMENTA: ICMS. 1. 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 acolhidas as arguições de nulidade, e de decadência, nem, tampouco, de constitucionalidade de dispositivos da legislação tributária baiana. Infração 01 subsistente e infração 02 elidida pelo contribuinte. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS DE COMBUSTÍVEIS A CONTRIBUINTES DESTE ESTADO. IMPOSTO RETIDO RECOLHIDO A MENOS. Restou comprovado que o autuado efetuou a menos o recolhimento do imposto retido. Documentos trazidos pelo deficiente não elidem a autuação. Infração caracterizada. Rejeitados os pedidos de diligência e perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 19/06/2008, reclama ICMS no valor de R\$ 63.520,96, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Procedeu a retenção a menos do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de janeiro a junho, agosto e dezembro de 2003, janeiro a março de 2004, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 30.675,54, acrescido da multa de 60%. Consta que o contribuinte não efetuou ou efetuou a menos, em virtude de erro na determinação da base de cálculo, referente a vendas de GASOLINA e ÓLEO DIESEL, pelo contribuinte substituto (DISTRIBUIDORA), para comercialização e/ou consumo de contribuinte localizados no Estado da Bahia, conforme anexo ao presente Auto de Infração e entregue no ato ao representante do contribuinte;
2. Procedeu a retenção a menos do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de julho, agosto e novembro de 2004, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 7.845,50, acrescido da multa de 60%. Consta que houve erro na determinação da base de cálculo, referente a vendas de ÁLCOOL HIDRATADO, pelo contribuinte substituto (DISTRIBUIDORA), para comercialização e/ou consumo de contribuintes localizados no Estado da Bahia, conforme anexo ao presente Auto de Infração e entregue no ato ao representante do contribuinte;
3. Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de julho a setembro de 2004, sendo exigido ICMS no

valor de R\$ 24.999,92, acrescido da multa de 150%. Consta que, conforme demonstrativo sintético retido, conforme arquivo magnético e GIA-ST e recolhido a menos, pelo contribuinte substituto (DISTRIBUIDOR), anexo ao presente Auto de Infração e entregue neste ato ao representante do contribuinte.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício às fls. 376 a 430, discorrendo, inicialmente, sobre as infrações que lhe são imputadas.

Argui, preliminarmente, a nulidade da autuação no tange a infração 01, sob a alegação de existência de cerceamento do direito de defesa, por não apontar de forma adequada as circunstâncias em que houve eventualmente recolhimento a menos do ICMS-ST. Diz não ser possível averiguar com clareza o que ocorreu, já que a metodologia utilizada pelo Fisco foi de cálculo total por período quando da apuração do débito fiscal, não tendo os autuantes o cuidado de especificar as operações nas quais houve recolhimento a menos, qual o valor efetivamente recolhido em cada operação, qual a diferença a ser recolhida e a razão que a fundamenta. Alega que dessa forma não tem como analisar os documentos verificando se houve os ditos recolhimentos a menos, para que pudesse elaborar sua defesa, implicando no comprometimento do seu direito a ampla defesa e o contraditório assegurado pela Constituição Federal, no seu artigo 5º, LV, que reproduz.

Invoca, ainda, o artigo 2º do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia-RPAF/99, para salientar a importância da ampla defesa para validação do processo, bem como os princípios da legalidade estrita ou tipicidade, para afirmar que a sua violação inviabiliza o Auto de Infração, conforme o artigo 37 da CF que transcreve. Evoca, também, os artigos 39, 28,§4º, 41,II, 18 e 20, todos do RPAF/99, para requerer a nulidade da autuação referente à infração 01.

Continuando, afirma que mesmo se mantida a autuação, ocorreu a decadência do direito da Fazenda Pública de constituir parte dos créditos tributários relacionados à infração 01, tendo em vista que transcorreram mais de 5 anos entre fatos geradores de janeiro a maio de 2003 e a data da lavratura do Auto de Infração, isto é, 19/06/2008, fulminando parte da exigência fiscal. Invoca ensinamentos doutrinários de Marcus Lívio Gomes, Aliomar Baleeiro, Américo Masset Lacombe este em obra coordenada por Ives Gandra Martins, bem como jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça conforme EResp 572603/PR; REsp 638962/PR; REsp 811243/CE; REsp 636626/PR; REsp 757922/SC e REsp 1035511/MG, AgRg no REsp 720275/ES, para reforçar os seus argumentos. Requer sejam julgados improcedentes tais créditos.

Ainda quanto à infração 01, afirma que não é legítima para figurar no pólo passivo da exigência fiscal, haja vista que o recolhimento tributário do ICMS-ST, no caso em exame, não constitui em obrigação sua.

Quanto à base de cálculo, sustenta ser legal a retenção nos casos de ICMS “por fora”, fato que fez com que o Fisco considerasse menor que o devido, por não haver a inclusão no valor do ICMS-ST o ICMS-próprio. Ressalta que os fundamentos legais apontados pelo fisco na infração se constituíam em violação às cláusulas terceira, quinta e sexta do Convênio ICMS 03/99 e alterações posteriores. Sustenta que para ser exigível a inclusão do ICMS na formação de sua própria base de cálculo seria necessária expressa previsão legal, uma vez que cabe à lei descrever todos os aspectos na norma jurídica tributária, respeitados os moldes constitucionais.

Manifesta o entendimento de que a norma que dispõe, especificamente, sobre o regime de substituição tributária nas operações com combustíveis lubrificantes, derivados ou não de petróleo, e outros produtos, ou seja, o Convênio 03/99, do qual o Estado da Bahia é signatário, dispõe claramente qual a base de cálculo para a operação ora em lide, operações interestaduais, que é o valor da operação, assim entendido o preço de aquisição pelo destinatário (Cláusula Quarta).

Prosseguindo, reporta-se ao art. 1º, da Lei Complementar nº 24/75, para afirmar que sendo o convênio instrumento adequado para a adoção de medidas mais específicas e, como regra de

Direito, o específico prevalece sobre o genérico, não haveria ilegalidade na definição de base de cálculo diferenciada. Conclui que deve ser aplicado o convênio em tudo o que nele se trata e, subsidiariamente, a legislação complementar. Acrescenta que se os conveniados tivessem a pretensão de incluir o montante do ICMS nas operações de que trata a cláusula quarta, porque não a expressariam claramente esta situação, como fez, quando determinou a apuração do imposto nas operações internas (§ 8º da cláusula terceira).

Ressalta que não deve ser dito “que sobre o valor da operação, como especificado neste no Convênio, estaria implicitamente inserido o valor do próprio imposto, uma vez que a base de cálculo nas operações mercantis é o valor de que decorrer a saída da mercadoria, não se devendo levar em conta elementos estranhos à operação, sob pena de descaracterização do tributo”.

Diz que a esta situação, deveria ser somado o fato de que os percentuais de MVA são diferentes para as operações internas e interestaduais, objetivando a mesma carga tributária dos produtos derivados de petróleo, e que caso fosse indiscutível a cobrança do imposto “por dentro”, não haveria esta necessidade.

Afirma que ficou demonstrada a não violação das cláusulas terceira e quinta do Convênio 03/99, já que a Refinaria acertou ao não incluir o valor do próprio ICMS na base de cálculo, sendo clara a redação da cláusula quinta: base de cálculo é o valor da operação.

Continuando, apresenta diversas fórmulas de cálculo do imposto, com as considerações que entende pertinentes, para dizer que em última análise, a cobrança de ICMS por dentro viola a própria tônica estabelecida no Convênio nº. 03/99, pelo que se impõe como correto observar que o ICMS próprio não deve integrar a base de cálculo do ICMS-ST nas operações interestaduais.

Argumentando sob título “Da especialidade do Convênio nº 03/99 sobre outras normas”, aduz que das normas aplicáveis à questão em análise, era de suma importância frisar que a Lei Complementar nº 87/96 e o RICMS-BA são normas, em relação a operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, de caráter genérico.

Assevera que a específica para o caso é o Convênio nº 03/99, pois as anteriormente citadas possuem aplicação meramente subsidiária, ou seja, só são utilizados quando há lacuna no citado Convênio, não sendo o caso em análise, pois o mesmo define, expressamente, a base de cálculo do ICMS nas operações internas e interestaduais com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo.

Acrescenta que se fosse a intenção do Estado da Bahia, signatário desta norma específica, em não adotar a cobrança de ICMS “por fora” em operações interestaduais, deveria tê-lo feito na forma da Lei Complementar nº 24/75, ou seja, denunciando a adesão dos termos das cláusulas 3ª e 4ª do Convênio nº 03/99, já que a atividade do Fisco deve ser plenamente vinculada ao previsto em lei.

Manifesta o entendimento de que a forma de apuração do tributo realizada, não causou qualquer prejuízo ao Estado da Bahia, conforme art. 155, § 2º, I, da CF, já que o ICMS é imposto não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado (art. 19 da LC nº 87/96). Requer a desconstituição do crédito tributário, por não ter havido prejuízo para o Estado da Bahia que lhe pudesse dar ensejo.

Insurge-se contra a multa aplicada no percentual de 60% do valor do imposto, por entender que tem caráter confiscatório, sendo, portanto, inconstitucional.

Rechaçando a infração 02, diz que uma das situações apontadas pelo Fisco envolve suposta operação realizada com a Usina Agro Industrial, não existindo, no caso, fato gerador do ICMS, haja vista que a emissão da Nota Fiscal nº 54607, configura apenas um acerto de faturamento antecipado, conforme comprova o dossiê anexo, formado por notas fiscais da Usina, da BR e cópia dos livros fiscais da BR.

Aduz que outra situação diz respeito à operação com a Usina Medasa que, segundo alega, faz prova a Nota Fiscal nº 6437, de 28/07/2004, relativa à venda de AEHC, tendo sido recolhido o imposto devido, conforme determina o Protocolo 17, informando o valor no corpo da nota fiscal. Ocorreu que, houve a devolução da mercadoria pelo autuado, através da Nota Fiscal nº 55955, havendo a Usina Medasa emitido a Nota Fiscal nº. 6504 em substituição, com os valores corretos. Acrescenta que não houve apropriação do crédito do ICMS relativo ao Protocolo 17, da Nota Fiscal nº 6437, mas, sim, relativo à Nota Fiscal nº 6504.

Com relação à operação de venda para o Posto J B Alves, afirma que o Fisco apurou o imposto sem considerar que o AEHC é um produto tributado e calcula o imposto adotando como regra o percentual da diferença entre as alíquotas interna da Bahia e a interestadual (27%-12%=15%), diversamente do previsto na legislação, forma que adota e explicita. Sustenta que não merece prosperar este item da autuação.

Quanto à infração 03, afirma que em análise preliminar se verifica que o Fisco não considerou os ajustes efetuados, bem como a entrada feita pelo estabelecimento autuado, conforme comprovam o dossiê anexado às fls. 83 a 89 dos autos.

Insurge-se também contra a multa de 150%, afirmando que esta é confiscatória e atenta contra os princípios de Direito Público, eminentemente a Razoabilidade.

Finaliza, requerendo a improcedência do Auto de Infração. Requer, ainda, que caso seja mantida a autuação seja reconhecido o seu direito de creditamento, considerando que a parcela do ICMS não foi repassada na operação subsequente, gerando direito ao crédito, consoante a regra da não cumulatividade, assegurada no artigo 155,§2º,I, da CF e o artigo da Lei Complementar nº. 87/96, assim como seja determinado o cancelamento de qualquer penalidade imposta, em obediência ao art. 106,I, do CTN. Pede também a produção de prova documental, pericial, contábil e diligência fiscal no estabelecimento autuado.

Os autuantes prestaram informação fiscal às fls. 471 a 482, discorrendo, inicialmente, sobre a forma como foi realizada a ação fiscal e indicando os pontos, sobre a matéria em lide, abordados pelo autuado.

Contestam a nulidade argüida pelo sujeito passivo por cerceamento do direito de defesa e do contraditório, afirmado que o autuado recebeu por e-mail e posteriormente fisicamente os demonstrativos analíticos que estão anexados ao Auto de Infração às fls. 10 a 74. Sustentam que a discriminação é total, citando cada nota fiscal; o seu destinatário com o respectivo CNPJ; cada item; valor do produto, a base de cálculo da substituição tributária utilizada; a base de cálculo da substituição correta, e o ICMS devido.

Acrescentam que foram agrupados por mês totalizando o ICMS devido. Ao total por mês compara-se com o valor constante nos anexos (Relatórios de Aquisição Interestadual com Combustíveis Derivados de Petróleo) enviados à Refinaria, na forma do Convênio 03/99 (anexos 75 a 315 do PAF) e os recolhimentos complementares via GNRE (anexos 316 a 341 do PAF).

Dizem que o demonstrativo existente é analítico, detalhado e claro, possibilitando o amplo direito de defesa, sendo que o demonstrativo sintético ou mensal às fls. 01 a 03 dos autos que faz parte do Auto de Infração é aclarado pelo demonstrativo analítico mencionado.

Ressalvam que nos referidos anexos o contribuinte informa o ICMS-ST devido ao Estado da Bahia pelo total de cada mês, ocorrendo o mesmo nos recolhimentos das GNREs que são totalizadas por mês e não GNRE nota a nota. Acrescentam que, apesar de o sistema AUDIT-ST, apontar o valor do ICMS-ST nota a nota, conforme acima mencionado, totalizaram por mês, de forma a comparar com os valores informados e recolhidos pelo contribuinte.

Quanto à alegação defensiva de que houve decadência do lançamento relativamente aos fatos geradores ocorridos até junho de 2003, sustentam que foram observados os prazos legais tendo sido observado o disposto no artigo 173,I, do CTN. Reproduzem as decisões do Superior Tribunal de

Justiça nos RESP 198631/SP, RESP 223116/SP e 67094/SP, para reforçar os seus argumentos.

Com relação à ilegitimidade suscitada pelo autuado, dizem que o Convênio 03/99 na Cláusula décima nona prevê que o contribuinte substituído que realizar operação interestadual com combustíveis derivados de petróleo e com álcool etílico anidro combustível AEAC, será responsável solidário pelo recolhimento do imposto devido à unidade federada de destina, inclusive seus acréscimos legais, se este não tiver informada ao responsável pelo repasse, conforme determinado nos Capítulos III e IV que reproduzem.

No tocante à argumentação do autuado da legalidade da retenção e da especialidade do Convênio 03/99 sobre outras normas, não existindo previsão legal para inclusão do ICMS na formação da base de cálculo, dizem não ser este o entendimento da SEFAZ/BA, do CONSEF e do STF, estando a matéria consolidada, com jurisprudência firmada no sentido de que é devida a cobrança feita pelo Fisco deste Estado, conforme decisões que reproduzem.

Invocam ainda como reforço do entendimento sustentado, a Lei nº. 7.014/96, precisamente o seu artigo 17, §1º, I, que reproduzem, bem como o artigo 13, §1º, I, da Lei Complementar 87/96.

No que concerne a alegação defensiva sobre a apuração da base de cálculo, sustentam que os procedimentos de cálculo do ICMS-ST estão rigorosamente calcados no Convênio 03/99, tendo sido executados utilizando os arquivos magnéticos Sintegra enviados pela empresa e processados no Sistema SEFAZ-BA;AUDIT-ST, que efetua os cálculos detalhados por item,sub-item(por produto), trazendo os cálculos detalhados por item, subtotalizando por nota fiscal e totalizando o montante de ICMS-ST devido por mês que serão comparados com o valor informado pelo contribuinte à Refinaria através dos Anexos III (a partir de outubro de 2002) e as GNRE recolhidas pelo contribuinte.

Com relação ao argumento defensivo de ausência de prejuízo para o Estado da Bahia, dizem que tal argumento fere o princípio da substituição tributária como principalmente a norma tributária vigente que elegeu o contribuinte como substituto tributário em operações interestaduais e uma vez informado nos anexos valores menores que o devido foram o responsável pelo menor recolhimento ao Estado da Bahia no repasse mensal da refinaria.

Quanto à alegação de ser a multa excessiva, dizem que foram utilizadas as multas previstas na lei do ICMS e no RICMS/BA.

No tocante à infração 02, acatam as alegações defensivas e opinam pela nulidade deste item da autuação.

Quanto à infração 03, dizem que os documentos apresentados pelo autuado ratificam a autuação, conforme pode ser observado nas três GNREs. Assim é que, nas GNREs referentes aos meses 07/2004 e 08/2004, foram consideradas no Demonstrativo à fl. 74. Já a GNRE referente ao mês 10/2004 não foi objeto da autuação.

Concluem mantendo integralmente as infrações 01 e 03, e opinam pela improcedência da infração 02.

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame sobre três infrações imputadas ao autuado. A primeira, diz respeito à retenção a menos do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas de GASOLINA e ÓLEO DIESEL realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo. A segunda se refere à retenção a menos do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas de ÁLCOOL HIDRATADO realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, também, em virtude de erro na determinação da base de cálculo. A terceira versa sobre a falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

A princípio, verifico que o autuado requer a nulidade do item 01 da autuação sob o argumento de existência de cerceamento do direito de ampla defesa e o contraditório, por não ser possível averiguar com clareza o que ocorreu, haja vista que o relatório não informa quaisquer divergências com relação às notas fiscais ou qualquer outro documento emitido pelo contribuinte. Não acolho a pretensão do autuado, haja vista que todos relatórios analíticos que lhe foram entregues constam especificados por dia, mês, ano e nota fiscal, todos os dados para apuração do imposto.

Argui também o autuado a sua ilegitimidade passiva na autuação, dizendo que se acaso houve recolhimento a menos do imposto, já que as operações envolveram produtos destinados a consumidor final, a responsabilidade seria da Refinaria. Constatou não assistir razão ao autuado, haja vista que o Convênio ICMS 03/99 dispõe na sua Cláusula primeira: “*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*”. Ademais, tendo o autuado recebido as mercadorias com a retenção já realizada pela Refinaria, conforme afirmou, a Cláusula décima nona do Convênio ICMS 03/99 expressa, claramente, a responsabilidade das distribuidoras de combustíveis pela omissão ou pela apresentação de informações falsas ou inexatas, podendo a unidade federada exigir delas o imposto devido. Não acolho, portanto, a pretensão do autuado.

Alega ainda a ocorrência de decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, referente ao período autuado de janeiro a maio de 2003. Certamente, quanto à alegação de existência de decadência do direito de a Fazenda Pública estadual constituir o crédito tributário, esta não pode prosperar, haja vista que as regras do art. 173, I, do CTN previstas no art. 107-A, I, do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81), estabelecem que o direito de constituição do crédito tributário, no caso, extingue-se após 5 anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. A incidência da regra do art. 150, § 4º, do CTN diz respeito às situações em que o contribuinte lançou o valor do imposto e antecipou o seu pagamento antes da homologação pela autoridade administrativa. No presente caso, o pagamento do ICMS não foi antecipado, sendo, portanto, um lançamento de ofício, e nessa situação, o prazo para a contagem iniciou-se em 01/01/2004, finalizando em 31/12/2008. Como a ação fiscal foi iniciada em 01/03/2008, conforme Termo de Início de Fiscalização, não há que se falar em decadência.

No mérito propriamente dito, a infração 01 trata da exigência de diferença do ICMS que deixou de ser recolhido quando foram realizadas operações interestaduais que destinaram produtos derivados de petróleo a 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.

O autuado impugnou a autuação com suporte no Convênio ICMS 3/99. Aduziu que como são normas específicas para o setor de sua atividade (operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo), elas deveriam prevalecer em relação à Lei Complementar nº 87/97 e Lei estadual nº 7.014/96, já que de caráter genérico. Sustenta que devem ser aplicadas as disposições do convênio em tudo o que nele se trata e, subsidiariamente, a legislação complementar.

No respeitante à alegação defensiva de que as normas estabelecidas no Convênio devem ser observadas, não resta nenhuma dúvida quanto a este aspecto. Contudo, divirjo do impugnante quando argumenta que não poderia se alargar o conceito do valor da operação, como especificado no Convênio.

Certamente, a base de cálculo nas operações mercantis é o valor de que decorrer à saída da mercadoria, contudo, neste valor deve estar incluso “o universo monetário tributado, ainda que

incluso a carga fiscal que onere o preço da mercadoria posta à disposição comercial” conforme bem definiu o Ministro José Delgado no Resp nº 86.653/SP citado pela Ministra Eliana Calmon (2ª Turma do STJ) ao prolatar sentença no Recurso Especial nº 222.140 – SP (1999/00596637-4). Portanto, não existe o “conceito de alargamento” nem, tampouco, elementos estranhos à operação. A norma tributária assim estabelece e determina.

Ademais, há que se observar que o enunciado do texto inserido na norma, qual seja: “*o valor da operação, assim entendido o preço de aquisição pelo destinatário*” não significa 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.

Vale ainda consignar que o Convênio ICMS 03/99, que trata de substituição tributária nas operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, somente em caso específicos determina a exclusão do ICMS da sua própria base de cálculo, no caso, com o intuito de determinar a mesma carga tributária para todas as operações, não este o caso da presente lide.

Ressalte-se, ainda, que referido convênio, em nenhum momento, vai de encontro às normas que regem o ICMS, conforme se verifica a seguir.

A Constituição Federal, como não poderia de ser, não detalha a forma de cálculo do ICMS, matéria esta que ficou reservada a legislação infraconstitucional.

Assim é que, nesse sentido, determina a Lei Complementar 87/96:

Art. 13. A base de cálculo do imposto é

[...]

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto

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

Seguindo a orientação da lei complementar, a Bahia editou a Lei nº 7.014/96. A base de cálculo do ICMS, sobre a matéria em questão, está regulamentada em seu art. 17, § 1º que, por sua vez, também está expressa no art. 52, do RICMS/97.

Da análise dos textos legais acima referidos, verifica-se que o ICMS é um imposto “por dentro”, isto é, o seu montante integra a própria base de cálculo, sendo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle, portanto, não assistindo razão ao autuado quanto aos seus argumentos.

Relativamente ao argumento de que não causou prejuízo ao Erário estadual, também descabe a alegação defensiva, pois o contribuinte ao calcular o imposto a menos, causou, sim, prejuízo, haja vista que, mesmo tendo créditos acumulados, conforme citou, o valor a ser compensado com o devido seria maior do que aquele a que tem direito.

No que diz respeito ao requerimento do autuado para que lhe fosse permitido o uso de tais créditos fiscais, o pleito não pode aqui ser recepcionado, tendo em vista a própria sistemática e concepção do regime da substituição tributária.

Em relação aos diferentes percentuais de MVA a serem aplicados, quando do cálculo do imposto, eles estão ligadas as diferentes alíquotas praticadas nas diversas regiões do País.

No que tange ao argumento de que a empresa havia recolhido o imposto retido nos prazos regulamentares, vale dizer que os valores pagos foram considerados para levantar o débito ora questionado, que se refere à diferença do ICMS que não foi oferecida à tributação, tendo em vista a falta de inclusão do imposto em sua própria base de cálculo.

No que concerne à multa, observo que esta foi corretamente aplicada, pois determinada na Lei nº ACORDAO JJF Nº 0005-01/09

7.014/96. Certamente, a apreciação de seu cunho confiscatório e inconstitucional, conforme alegado pelo autuado, é vedada a esta órgão julgador.

Dante do exposto, a infração 01 é totalmente subsistente.

No respeitante à infração 02, constato assistir razão ao autuado, haja vista que restou comprovado com os documentos acostados a peça defensiva que não houve a infração apontada no Auto de Infração, isto é, o contribuinte não estava obrigado, no caso, a reter e recolher o imposto referente às notas fiscais arroladas na autuação. Relevante consignar que os próprios autuantes acatam as alegações defensivas e opinam pela improcedência desta infração. Infração insubsistente.

Quanto à infração 03, constato assistir razão aos autuantes, pois, os documentos acostados pelo autuado às fls. 458 a 463, especificamente, a GNRE referente ao mês 07/2004, no valor de R\$ 1.468,33 e a GNRE referente ao mês 08/2004, no valor de R\$ 3.403,14, foram efetivamente consideradas no levantamento fiscal, conforme se vê à fl.74 dos autos. Já a GNRE acostada pelo autuado referente ao mês 10/2004, realmente não foi objeto da autuação, tendo em vista que o mês consignado no Auto de Infração é setembro de 2004. Mantida a infração.

Com relação à multa aplicada, verifico que esta foi corretamente aplicada, pois prevista na Lei nº 7.014/96. A apreciação de seu cunho confiscatório e inconstitucional, conforme alegado pelo autuado, é vedada a esta órgão julgador.

Não acolho, também, os pedidos de realização de perícia contábil ou de diligência, com fulcro no art. 147, I,II, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99, pois, considero os elementos constantes nos autos suficientes para formar o meu convencimento.

Dante do exposto, as infrações 01 e 03 são subsistentes e a infração 02 insubsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206949.0001/08-2, lavrado contra **PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$55.675,46**, acrescido da multa de 60% sobre R\$ 30.675,54, e 150% sobre R\$ 24.999,92, previstas, respectivamente, no artigo 42, inciso II, “e”, inciso V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de fevereiro de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO-JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR