

A. I. N° - 206949.0003/08-5
AUTUADO - NACIONAL GÁS BUTANO DISTRIBUIDORA LTDA.
AUTUANTES - MARCO ANTÔNIO DE SOUZA FORTES e JOSÉ AUGUSTO MARTINS VICENTE
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 28.07.09

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0236-04/09

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Os estados podem, quando destinatários, 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 destinatário. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 05/08/2008, exige ICMS no valor de R\$ 7.103,96, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, em função de retenção a menos de ICMS, e conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, relativo às operações de vendas subseqüentes de gás liquefeito de petróleo (GLP), realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Conforme descrito no corpo do auto de infração, quando do cálculo da base de tributação do ICMS, devido na qualidade de sujeito passivo por substituição, o contribuinte utilizou preço médio de entradas do produto, quando deveria ter utilizado como valor de partida o preço unitário à vista praticado quando da operação por refinaria de petróleo, indicada em Ato COTEPE / ICMS número 19/02, dele excluído o valor do ICMS e adicionada a margem de valor agregado (MVA), estabelecida no Anexo II do Convênio ICMS 03/99.

O contribuinte tomou ciência do auto de infração no dia 27/08/08 e, tempestivamente, em 26/09/08, apresentou impugnação (fls. 71 a 80). Após fazer uma breve síntese da autuação, fundamenta-se nos itens 2.7.2.4 e 2.9.7 do Ato COTEPE 20/02 para alegar que a autuação é incorreta, uma vez que os referidos itens estabelecem que a média ponderada unitária da base de cálculo na substituição tributária é aquela entre as bases de cálculo e as quantidades presentes nas notas de aquisição.

Diz que o procedimento de repasse do imposto retido, por conta da substituição tributária, é realizado pela refinaria, através das informações prestadas por si sobre a quantidade de GLP destinada a cada estado, através de Relatórios de Operações Interestaduais (Anexos instituídos pelo Convênio ICMS 54/02). No contexto dos mencionados relatórios, tem-se que o Anexo I estabelece a metodologia para o cálculo da média ponderada da base de tributação do imposto retido por substituição, que será repassado e/ou complementado ao estado destinatário do produto derivado de petróleo. Diz ter obedecido fielmente à legislação aplicável ao caso em comento, seguindo o que estabelece o Convênio ICMS 54/02. À fl. 76, transcreve os itens 2.7.2.4 e 2.9.7 do Manual de Preenchimento dos Anexos (Relatórios de Operações Interestaduais). Diz que o fisco baiano cometeu equívoco, de vez que é contribuinte substituído, com a obrigação de

prestar as informações para que o repasse seja devidamente realizado. Pondera ter informado nos moldes da legislação em vigor, inclusive do Ato COTEPE ICMS 20/02. Alega que o Anexo III contém o resumo das operações interestaduais com combustíveis e o resultado da apuração do imposto devido por substituição. Diante do que expôs, entende incabível, de igual forma, a aplicação de multa. Argumenta que o imposto já foi repassado pela refinaria, e que não é pertinente a sua exigência, o que configura “*bis in idem*”.

Finaliza requerendo a improcedência do auto de infração e a extinção do crédito tributário dele procedente.

Às fls. 211 a 213 o autuante apresenta informação fiscal. Registra o histórico do procedimento fiscal, do auto de infração e informa que o Convênio ICMS 54/02 não deve ser tomado para calcular a base de cálculo na presente situação, pois trata de todos os oito anexos dos Relatórios de Operações Interestaduais, no que se refere a seu “lay out” e à forma de preenchimento, mas não sobre o valor da base de cálculo do tributo devido por substituição tributária. No caso dos citados itens 2.7.2.4 e 2.9.7 do Ato COTEPE 20/02, diz que são usados para efeito de ressarcimento ao estado de origem da empresa que, no caso em tela, é o Estado de Sergipe. À fl. 212, transcreve trechos do convênio que tomou por base para autuar e, posteriormente, aduz que utilizou como valor de partida o preço unitário à vista praticado na data da operação por refinaria de petróleo indicada em Ato COTEPE 10/92 (fl. 22), excluindo o ICMS e adicionando a MVA, estabelecida no Anexo II do Convênio ICMS 03/99, conforme demonstrativos de fls. 08 a 21.

Finaliza requerendo a procedência do auto de infração.

No dia 17/10/2008 (fl. 214), o contribuinte foi intimado por esta Secretaria da Fazenda a apresentar procuração no prazo de 10 (dez) dias, de acordo com o art.10, parágrafos 1º e 2º do RPAF/99.

Após intimado, o autuado juntou instrumento de mandato com irregularidades. Assim, a 3ª Junta de Julgamento Fiscal - JJF, na pauta do dia 16/02/2008, decidiu encaminhar o processo à COPEC / GEFIS, para que intimasse o contribuinte a saneá-las, sob pena de decretação de revelia pela autoridade competente (fl. 219).

O sujeito passivo saneou as irregularidades processuais, através da apresentação dos documentos de fls. 223 a 243.

VOTO

Este auto de infração cuida da exigência de ICMS em função de retenção a menor, e conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária nas operações de vendas subseqüentes de gás liquefeito de petróleo (GLP), realizadas para contribuintes localizados neste Estado, com fundamento nas Cláusulas 3ª, 5ª e 6ª do Convênio ICMS 03/99 e Ato COTEPE/ICMS 19/02.

O sujeito passivo toma por base os itens 2.7.2.4 e 2.9.7 do Ato COTEPE 20/02 para fundamentar que nada deve, uma vez que os referidos itens estabelecem que a média ponderada unitária da base de cálculo na substituição tributária é aquela entre as bases de cálculo e as quantidades presentes nas notas de aquisição. Dizendo-se contribuinte substituído, entende ter prestado corretamente as informações para que o repasse fosse realizado.

Inicialmente, cabe rechaçar a tese apresentada pelo autuado de que figura na presente relação jurídica como substituído. A cláusula 1ª do Convênio ICMS 03/99, determina que os estados podem, quando destinatários, 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 destinatário.

O sobredito convênio dispõe sobre o regime de substituição tributária nas operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, e outros produtos. Estabelece, na sua

cláusula terceira, a base de cálculo do imposto retido, dispondo que este é o preço máximo ou único de venda a consumidor fixado por autoridade competente. Na falta deste preço, a base de cálculo será o montante formado pelo preço estabelecido por autoridade competente para o substituto (Ato COTEPE / ICMS número 19/02, fl. 22), ou, em caso de inexistência deste, o valor da operação acrescido dos valores correspondentes a frete, seguro, tributos, contribuições e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, adicionados, ainda, em ambos os casos, da margem de valor agregado. Quanto a esta última, constato que o Anexo II do Convênio 03/99 determina o valor de 138,97%, para operações interestaduais de GLP destinado ao Estado da Bahia, corretamente aplicada no demonstrativo de fls. 08 a 21. Os valores unitários de GLP nos citados demonstrativos também estão em concordância com o estabelecido no Ato COTEPE / ICMS nº 19/02: preços unitários à vista praticados pela PETROBRAS / RLAM, CNPJ 33.000.167/0143-23 (fl. 22, R\$ 1,03).

Não há razão nas alegações do autuado de que sobre a situação incidem as normas do Convênio ICMS 54/02. O fim da mencionada norma é o estabelecimento de procedimentos para o controle de operações interestaduais com combustíveis derivados de petróleo e álcool etílico anidro combustível - AEAC. Tal controle se dá através dos relatórios previstos na sua cláusula segunda, que devem ser elaborados conforme o estabelecido nos Anexos I a VIII, e que possuem, respectivamente, as seguintes funções: informar a movimentação de combustíveis derivados de petróleo realizada por distribuidora, importador e TRR; informar as operações interestaduais com combustíveis derivados de petróleo; informar o resumo das operações interestaduais com combustíveis derivados de petróleo; informar as aquisições interestaduais de álcool etílico anidro combustível - AEAC e biodiesel - B100 realizadas por distribuidora; informar o resumo das aquisições interestaduais de álcool etílico anidro combustível - AEAC e biodiesel - B100 realizadas por distribuidora; demonstrar o recolhimento do ICMS devido por substituição tributária pelas refinarias de petróleo ou suas bases para as diversas unidades federadas; demonstrar o recolhimento do ICMS provisionado pelas refinarias de petróleo ou suas bases e demonstrar a movimentação de AEAC e biodiesel - B100, apurando as saídas interestaduais de sua mistura à gasolina e ao óleo diesel, respectivamente.

Ao contrário do que afirma o contribuinte - de que o Anexo I possui o fim de estabelecer a metodologia para o cálculo da média ponderada da base de tributação do imposto retido por substituição, que será repassado e / ou complementado ao estado destinatário do produto derivado de petróleo – verifico, da leitura da Cláusula 2ª, I do Convênio ICMS 54/02, que o objetivo deste anexo, como dito, é informar, para fins de controle, a movimentação de combustíveis derivados de petróleo realizada por distribuidora.

De forma idêntica, constato da leitura da Cláusula 2ª, III do Convênio ICMS 54/02, que o objetivo do Anexo III é informar, para fins de controle, o resumo das operações interestaduais com combustíveis derivados de petróleo – contrariamente ao que afirma o sujeito passivo em sua impugnação: de que tal anexo contém o resultado da apuração do imposto devido por substituição. Ainda que este anexo possua, no seu campo 4, “APURAÇÃO DO IMPOSTO DAS OPERAÇÕES REALIZADAS NO PERÍODO”, o fim é de mero controle genérico, em nenhum quadro do relatório há distinção das unidades federadas destinatárias, para fins de apuração dos valores devidos às mesmas.

O Ato COTEPE 20/02, de 21 de agosto de 2002, aprova o Manual de Instruções de que trata a cláusula décima quinta do Convênio ICMS 54/02, de 28/06/2002. Conforme o seu item 2.7.1, a média ponderada destina-se à apuração do valor da base de cálculo da substituição tributária, devendo ser aplicada no cálculo da dedução nos resumos das operações interestaduais, bem como, na valorização dos estoques finais mensais. Do exposto, constata-se que o cálculo é para efeito de dedução em resumos (relatórios), não para determinação de quantia devida ao estado destinatário do produto. Da leitura do modelo de Relatório concernente ao Anexo I do Convênio 54/02, não observo qualquer campo referente ao ICMS devido a estado de destino, mas controles de

estoques, entradas e saídas, pelo que concluo que o mesmo é inaplicável para efeito de cálculo da base do tributo devido por substituição tributária.

Quanto ao item 2.9.7 do Ato COTEPE 20/02, também não guarda relação com o cálculo do imposto devido à unidade federada de destino do GLP, mas uma mera orientação de preenchimento do quadro 03 do Anexo I. Tal quadro destina-se a relacionar todas as aquisições (compras ou transferências) do combustível em foco no período considerado.

Desta forma, não cabe falar em “*bis in idem*”, pois o que se exige é tributo recolhido a menos, e não tributo já recolhido.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206949.0003/08-5**, lavrado contra **NACIONAL GÁS BUTANO DISTRIBUIDORA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 7.103,96**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de julho de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR