

A. I. Nº - 206923.0001/10-4
AUTUADO - PETRÓLEO BRASILEIRO S. A.
AUTUANTE - JOÃO LAURENTINO DE M. FILHO e ANDRES MIGUEL ESTEVEZ MOREIRA
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 23/12/2010

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0344-03/10

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. GLP. VENDAS PARA ESTE ESTADO. RETENÇÃO DO IMPOSTO EFETUADA A MENOS. Ficou comprovado que o autuado efetuou retenção menos, em razão da utilização de base de cálculo na apuração da Substituição Tributária de GLP, divergente da prevista no Convênio ICMS 03/99. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 10/03/2010, refere-se à exigência de R\$778.987,53 de ICMS, acrescido da multa de 60%, pela retenção do imposto efetuada a menos, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Exigido o ICMS em razão de o autuado utilizar base de cálculo para apuração da Substituição Tributária de GLP divergente da prevista no Convênio ICMS 03/99, cláusula décima quinta e Ato Cotepe 19/02. Período de janeiro de 2006 a novembro de 2008.

O autuado apresentou impugnação (fls. 139 a 145), alegando que a infração foi imputada em razão de o estabelecimento autuado, localizado no Estado de Sergipe, ter efetuado, na qualidade de substituto tributário, retenção e recolhimento a menos de ICMS Substituição Tributária, incidente sobre as operações subsequentes de vendas internas de GLP-GN realizadas no Estado da Bahia. Diz que a cláusula décima quinta do Convênio ICMS 03/99, dispõe em seu § 1º, I, b, que não existindo preço máximo ou único de venda a consumidor para o cálculo do imposto a ser repassado em favor da unidade federada de destino dos combustíveis derivados de petróleo, será adotado como valor de partida o preço unitário à vista praticado na data da operação por refinaria de petróleo indicada em Ato COTEPE/ICMS. O defensor discorda do posicionamento do autuante, alegando que no presente caso trata-se de operações interestaduais de vendas de GLP-GN efetuadas diretamente por produtor nacional a contribuintes localizados no Estado da Bahia, não se aplicando as disposições previstas na cláusula décima quinta e, por conseguinte, o disposto no Ato COTEP/ICMS 19/02, mas sim, as disposições previstas na cláusula terceira, § 1º, II do Convênio ICMS 33/99, que transcreveu. Afirma que a cláusula décima quinta, que está inserida no Capítulo V, o qual é inaugurado pela cláusula décima terceira, se aplica somente a operações interestaduais envolvendo combustíveis derivados de petróleo, diferentemente do GLP-GN, derivado de gás natural. Também alega que o Capítulo V do Convênio ICMS 03/99 não se aplica a vendas efetuadas pelo produtor diretamente ao contribuinte localizado em outro Estado, mas por interposta distribuidora, havendo, retenção anterior pelo produtor. Salienta que em razão das vendas serem de GLP-GN e ocorrerem diretamente a contribuintes localizados no Estado da Bahia, não se aplica ao presente caso as disposições do capítulo V do Convênio ICMS 03/99, incluindo aí a cláusula décima quinta e Ato Cotepe 19/02. Entende que o preço estabelecido pelo Ato COTEP/ICMS 19/02 somente se aplica às operações regidas pelo ~~Capítulo V do Convênio ICMS 03/99~~, quais sejam, operações com combustíveis derivados de combustíveis, nas quais o imposto tenha sido retido anteriormente realizadas a distribuidoras nos Estados de origem, não sendo o p

GLP-GN ocorreram diretamente do produtor para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Assegura que as operações em comento não se sujeitam aos dispositivos da cláusula décima quinta, mas sim ao disposto na cláusula terceira, § 1º, II do Convênio ICMS 03/99, sendo nula a imputação de infração. Diz que há contradição inserta no próprio auto de infração porque, em que pese citar a cláusula décima quinta do Convênio ICMS 03/99 como justificativa para a imputação de recolhimento a menos, porque o autuado teria utilizado base de cálculo incorreta, o próprio auto menciona como enquadramento para a infração as “cláusulas terceira, quinta e sexta do Convênio ICMS 03/99”, ratificando, pois, tese de defesa apresentada. Finaliza, pedindo a improcedência do presente Auto de Infração. Protesta pela produção de todos os meios de prova admitidos pelo Direito.

Os autuantes prestaram informação fiscal às fls. 183 a 185 dos autos. Transcrevem as cláusulas terceira e décima quinta do Convênio ICMS 03/99 e dizem que o Ato COTEPE/ICMS 19/02, publicado no DOU de 14/08/2002 (fls. 13 a 17 do PAF), divulga o nome da refinaria de petróleo ou base que será utilizada pelas unidades federadas, para determinação do valor de partida. Para a determinação da Base de Cálculo do imposto (ICMS-ST) nas operações de venda do Estado de Sergipe para o Estado da Bahia, foi adotado o preço praticado no Estado da Bahia. Asseguram que a regra estabelecida no § 1º da Cláusula terceira do Convênio ICMS 03/99 não se aplica na presente discussão, e que a tabela de fls. 11 e 12 (base de cálculo unitária para retenção GLP), estabelece o preço de partida como também a MVA interestadual. Dizem que na questão em lide, o preço é o praticado no Estado da Bahia, que é de R\$1,7390 em vigor desde 01/05/2004. Assim, concluem que o preço de partida (preço unitário praticado pelo Substituto na Unidade Federada de Destino – RLAN, mais MVA) para a determinação da base de cálculo do imposto é o constante nos demonstrativos e previamente determinado pelas autoridades competentes. Pedem a procedência do presente Auto de Infração, assegurando que a base de cálculo do imposto devido foi apurada de acordo com as normas vigentes.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada 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.

O defendente alega que há contradição inserta no próprio auto de infração, porque, em que pese citar a cláusula décima quinta do Convênio ICMS 03/99 como justificativa para a imputação de recolhimento a menos, sob a acusação de que o defendante teria utilizado base de cálculo incorreta, o próprio Auto de Infração, menciona como enquadramento para a infração as “cláusulas terceira, quinta e sexta do Convênio ICMS 03/99”. Quanto a esta alegação, observo que não implica nulidade da autuação provável erro de indicação de dispositivo regulamentar, de acordo com o art. 19 do RPAF/99, tendo em vista que, pela descrição dos fatos ficou evidente o enquadramento legal. Ademais, o autuado entendeu a acusação fiscal, se defendeu referindo-se aos fatos que ensejaram a exigência fiscal.

Constatou que o PAF está revestido das formalidades legais, estão determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário apurado e a natureza da infração, sendo que, eventuais incorreções alegadas pela defesa não implicam nulidade haja vista que, pela descrição dos fatos e enquadramento legal, ficaram evidentes as infrações apuradas.

No mérito, o Auto de Infração trata de retenção a menos do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia, constando que o contribuinte utilizou base de cálculo na apuração da Substituição Tributária.

da prevista no Convênio ICMS 03/99, cláusula décima quinta e Ato Cotepe 19/02, no período de janeiro de 2006 a novembro de 2008, e o defendante não apresentou qualquer contestação aos dados numéricos do levantamento fiscal.

Nas alegações defensivas, o defendante assegura que ao presente caso não se aplica as disposições previstas na cláusula décima quinta e, por conseguinte, o disposto no Ato COTEP/ICMS 19/02, mas sim, as disposições previstas na cláusula terceira, § 1º, II do Convênio ICMS 33/99, salientando que a cláusula décima quinta, citada pelos autuantes, está inserida no Capítulo V, o qual é inaugurado pela cláusula décima terceira.

A base de cálculo do imposto a ser retido e o momento do pagamento do valor apurado está disciplinada no Capítulo II do Convênio ICMS 03/99, que estabelece nas cláusulas terceira e décima quinta.

Cláusula terceira *A base de cálculo é o preço máximo ou único de venda a consumidor fixado por autoridade competente.*

§ 1º Na falta do preço a que se refere o "caput", a base de cálculo será o montante formado pelo preço estabelecido por autoridade competente para o substituto, 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, do valor resultante da aplicação dos seguintes percentuais de margem de valor agregado:

I - na hipótese em que o sujeito passivo por substituição seja a distribuidora de combustíveis, como tal definida e autorizada pelo órgão federal competente, em relação aos produtos indicados no Anexo I, os percentuais nele constantes;

II - na hipótese que o sujeito passivo por substituição seja produtor nacional de combustíveis, em relação aos produtos indicados no Anexo II, os percentuais nele constantes;

Cláusula décima quinta *Com base nos dados informados pelos contribuintes e nas tabelas anexas a este convênio, o programa de computador, aprovado pela COTEPE/ICMS, calculará o imposto cobrado em favor da unidade federada de origem da mercadoria e o imposto a ser repassado em favor da unidade federada de destino decorrente das operações interestaduais com combustíveis derivados de petróleo, bem como a parcela do imposto incidente sobre o álcool etílico anidro combustível destinada à unidade federada remetente desse produto.*

§ 1º

I - tratando-se de mercadorias não destinadas à industrialização, exceto nos casos de aplicação do parágrafo único da cláusula sétima:

a)

b) não existindo preço máximo ou único de venda a consumidor, adotará como valor de partida o preço unitário à vista praticado na data da operação por refinaria de petróleo indicada em Ato COTEPE/ICMS, dele excluído o respectivo valor do ICMS e adicionará a esse valor o resultante da aplicação do percentual da margem de valor agregado à operação interestadual, estabelecido no Anexo II deste convênio;

c) multiplicará o preço obtido na forma das alíneas anteriores pela quantidade do produto;

III - aplicará, sobre o resultado obtido na forma dos incisos anteriores, a alíquota vigente para as operações internas com a mercadoria na unidade federada de destino.

Da leitura dos dispositivos acima reproduzidos em confronto com a situação do autuado constante do ATO COTEP 19/02 às fls. 13/17 do presente PAF, onde consta a relação de refinarias de petróleo ou bases que serão utilizadas pelas unidades federadas para determinação do valor de partida, conclui-se que não assiste razão ao defendante, tendo em vista que o estabelecimento autuado encontra-se inserido no mencionado ATO COTEP 19/02, que se refere à alínea “b” do inciso I do § 1º da cláusula décima quinta do citado Convênio ICMS 03/99.

Neste caso, entendo que o autuado deveria calcular o imposto a ser estabelecida na cláusula décima quinta e Ato Cotepe 19/02, conforme pelos autuantes. Assim, concluo pela subsistência da exigência

comprovado que o autuado efetuou retenção menos, em razão da utilização de base de cálculo na apuração da Substituição Tributária de GLP divergente da prevista no Convênio ICMS 03/99.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206923.0001/10-4, lavrado contra **PETRÓLEO BRASILEIRO S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$778.987,53**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de dezembro de 2010

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA