

**A. I. Nº** - 206960.0011/10-9  
**AUTUADO** - PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.  
**AUTUANTE** - JUAREZ ANDRADE CARVALHO e GILSON LIMA SANTANA  
**ORIGEM** - SAT/COPEC  
**INTERNET** - 12/11/2010

### 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0295-03/10

**EMENTA:** ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Não ficou comprovado pelo defendente o pagamento do débito apurado no presente lançamento. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES. RETENÇÃO DO IMPOSTO EFETUADA A MENOS. Infração comprovada, de acordo com as planilhas elaboradas pelos autuantes. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/03/2010, refere-se à exigência de R\$2.433.986,59 de ICMS, em decorrência do cometimento das seguintes infrações:

Infração 01: Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de outubro, novembro e dezembro de 2009. Falta de recolhimento do ICMS normal, conforme planilha de cálculo anexada ao Auto de Infração. Valor do débito: R\$993.074,26. Multa de 50%

Infração 02: Procedeu a retenção do ICMS a menos, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas de combustíveis e lubrificantes para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de setembro a dezembro de 2009. Valor do débito: R\$1.440.912,33. Multa de 60%

O autuado apresentou impugnação (fls. 235 a 240), alegando que o Auto de Infração não merece subsistir, porque não houve qualquer infração à legislação tributária por parte do impugnante. Assegura que não incluiu o desconto incondicional na base de cálculo do ICMS, à luz do art. 54, II, do RICMS/BA, citado pelo autuante, ou seja, conforme determina o próprio RICMS/BA, o desconto não foi levado em consideração para fins de apuração da base de cálculo do imposto. O que ocorreu foi um equívoco, por parte do Fisco, na apuração do valor do imposto devido a título de substituição quando da lavratura do Auto de Infração, razão pela qual entendeu o agente fiscal que o autuado não teria recolhido o ICMS-ST supostamente devido. Diz que não houve qualquer erro na determinação da base de cálculo por parte do defendente, uma vez que seguiu o próprio entendimento da Sefaz estadual e do RICMS. Portanto, não incluiu o desconto incondicional na base de cálculo do imposto, o que sequer poderia fazer, pois o próprio *software* disponibilizado pelo Estado da Bahia impede que a inclusão do aludido desconto seja feita. Para que seja verificado esse fato, basta lançar qualquer desconto incondicional no *software* de emissão da Nota Fiscal Eletrônica e se verá que o valor deste não é sequer computado na base de cálculo, sendo registrado em um campo à parte justamente para que não ocorra a diminuição da base de cálculo do ICMS e, conseqüentemente, a diminuição da arrecadação tributária. Dessa forma, o autuado afirma que recolheu o ICMS-ST com base na diferença entre o valor constante da Pauta Fiscal (R\$ 2,00 o litro do AEHC), estabelecida por meio da Instrução Normativa 29/2009, e o valor da base de cálculo de seu ICMS próprio, sem a inclusão do desconto incondicional concedido aos postos de combustível. Portanto, o defendente afirma que não houve qualquer equívoco no recolhimento efetuado, nem no cálculo da base de cálculo por observou exatamente o que dispõe a legislação tributária para o desconto incondicional não deve ser computado para fins de pag

ainda, que na apuração do valor do imposto devido, o Fisco levou em consideração, para fixar a base de cálculo, o valor cheio da Pauta Fiscal, sem a dedução do valor da base de cálculo do ICMS próprio do estabelecimento autuado. Diz que tal conduta está errada, uma vez que o valor cheio da Pauta Fiscal não pode ser utilizado como base de cálculo para o ICMS-ST, pois esta decorre da operação de subtração entre a Pauta Fiscal e o valor da base de cálculo do ICMS próprio. Foram ignorados todos os valores anteriormente pagos. Salienta que a base de cálculo do ICMS-ST não é “Valor da Pauta Fiscal”, como entende o Fisco, mas, sim, “(Valor da Pauta Fiscal) – (Base de Cálculo do ICMS próprio)”. Entende que o valor da autuação deve ser revisto, uma vez que foi adotada uma base de cálculo errônea, qual seja, o valor cheio da Pauta Fiscal (R\$ 2,00/litro de álcool), quando deveria ter sido realizada a operação aritmética supracitada, deduzindo-se do valor da Pauta Fiscal o valor da base de cálculo do ICMS próprio do contribuinte, sob pena de exação em duplicidade (*bis in idem*).

Quanto à primeira infração, o defendente alega que o aumento do valor do ICMS-ST implica, por óbvio, na redução do valor a recolher a título de ICMS próprio, uma vez que, como já dito no tópico anterior, o valor da base de cálculo do ICMS-ST é igual a “(Valor da Pauta Fiscal) – (Base de Cálculo do ICMS próprio)”. Por exemplo, se a base de cálculo do ICMS-ST = R\$ 0,50, é porque ocorreu a operação aritmética representada pela equação (R\$ 2,00 – R\$ 1,50), na qual “R\$ 2,00” é o valor da Pauta Fiscal e “R\$ 1,50” é o valor da base de cálculo do ICMS próprio. Contudo, se a base de cálculo do ICMS-ST = R\$ 1,00, é porque ocorreu a operação aritmética representada pela equação (R\$ 2,00 – R\$ 1,00), na qual “R\$ 2,00” é o valor da Pauta Fiscal e “R\$ 1,00” é o valor da base de cálculo do ICMS próprio. Se o Fisco procura majorar o valor do ICMS-ST devido pelo impugnante, ele deveria, por consequência, reduzir o valor devido a título de ICMS próprio, à luz da equação supracitada. Contudo, o que ocorreu foi a manutenção do valor cheio devido a título de ICMS próprio, o que é absolutamente inaceitável, razão pela qual resta impugnado o cálculo realizado pela autuação para que chegasse aos valores que lhe entende devidos.

Em relação à pauta fiscal, o defendente diz que foi utilizada como referência a Pauta Fiscal contida na IN 29/2009 para que se obtivesse a base de cálculo do tributo. Para que isto seja comprovado, basta verificar o demonstrativo anexo ao Auto de Infração, no qual consta o valor de R\$ 2,00 a título de “PMPF por litro”. Entende que o valor autuado jamais poderia ter sido baseado em uma Pauta Fiscal, pois esta não reflete a realidade do mercado. A autuação fiscal deve ser baseada em valores concretos, e não supostos e fictícios (como é o caso da Pauta Fiscal), sob pena de ser cobrado do contribuinte valores muito além do quanto efetivamente devido, se for o caso. Argumenta que o álcool hidratado na Bahia, à época, em raríssimas exceções, foi comercializado a R\$ 2,00 (dois reais) o litro nos postos de combustível. Tal valor é completamente arbitrário e irrazoável, calcado em parâmetros que até hoje não se sabe de onde vieram. Assim, para o Fisco estadual, ainda que o litro de álcool seja vendido a valores abaixo de R\$ 2,00 (o que efetivamente ocorre), o produto será tributado sempre, com base na Pauta Fiscal, conduta esta que não deve prosperar, uma vez que não reflete o preço de mercado praticado e o valor real da mercadoria, somente este capaz de ser utilizado como cálculo do fato gerador. Diz que o Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento aqui esposado, por meio da sua Súmula nº. 431, a qual estabelece que “é ilegal a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal”. Assim, o defendente afirma que esta objurgada também a conclusão do Fisco em utilizar uma Pauta Fiscal como referência para proceder com a cobrança, devendo o valor supostamente devido, caso confirmada a procedência da autuação, o que não se crê, ser calculado com base no preço real de mercado praticado pelos postos de combustível à época. O defendente também requereu a exclusão da multa e dos juros, com base no art. 159, §1º, inciso II e/ou III do RPAF, que reproduziu. No caso de se entender pela manutenção da infração, o defendente pede a exclusão da multa e dos juros imputados, alegando sua boa-fé. Pede a improcedência da autuação fiscal.

Os autuantes, em sua informação fiscal às fls. 325 a 329 dos autos, apresentaram defensivas argumentando que o autuado, em sua defesa, apresentou

quais nunca alcançará a sua pretensão, vez que, não há sustentação fática. Quanto à infração 02 os autuantes esclarecem que a ilegalidade cometida pelo autuado com a inclusão do desconto incondicional na Base de Cálculo do ICMS Normal, é cabalmente comprovada pelo dispositivo legal previsto no capítulo IX do RICMS-BA referente à Base de Cálculo, o art. 54, Inciso II, que transcreveram, dizendo que o mencionado dispositivo legal fundamenta a ação fiscal e comprova a infração cometida pelo Autuado. Informam que os valores dos campos da Nota Fiscal Eletrônica sobre os quais são calculados os valores dos impostos são informados pelo próprio contribuinte, o qual tem a total responsabilidade pela veracidade ou não dessas informações. O software da SEFAZ/BA, apenas verifica o preenchimento de campos obrigatórios e autoriza ou não a emissão da NFe. O software da SEFAZ/BA, não elabora cálculo de imposto, nem confere os valores informados pelo contribuinte, esta tarefa é desenvolvida pelos prepostos fiscais nas Auditorias Fiscais realizadas. Salientam que o autuado iniciou este procedimento ilegal através de sua filial de Itabuna (Inscrição Estadual nº 78.027.360), a partir de 04/02/2009, após a publicação do Decreto 11336/08 (DOE de 26/11/08), efeitos a partir de 01/02/09, que alterou o prazo para recolhimento do ICMS nas operações de saídas do AEHC, conforme dispõe o art. 126, Inc. IV do RICMS/Bahia. Em virtude da alteração do art. 126, inciso IV, a partir de 01/02/2009, a SEFAZ-Bahia passou a exigir o recolhimento do ICMS nas operações de saídas do AEHC a cada operação realizada. Por este motivo, o autuado, a partir de 04/02/2009, começou a utilizar o artifício ilegal para reduzir substancialmente o valor do ICMS-ST nas vendas do AEHC, e passou a recolher o valor reduzido do ICMS-ST e assim escapar da fiscalização de trânsito de mercadorias da SEFAZ-Bahia, pois apresenta o DAE de recolhimento a cada operação.

Em relação à Infração 01, dizem que as alegações do defendente são totalmente descabidas, e que se depreende que o autuado não se deu ao trabalho de verificar as planilhas de levantamentos das infrações anexadas ao PAF, pois, argumenta que se os autuantes majoraram o valor do ICMS-ST devido pelo impugnante, deveriam “por consequência, reduzir o valor devido a título de ICMS próprio.....” contudo o que ocorreu foi a manutenção do valor cheio devido a título de ICMS próprio”. Se o autuado tivesse observado as planilhas de levantamento da Infração 01, anexadas às fls. 09 a 55 do PAF, teria verificado que o novo Demonstrativo da Apuração do ICMS Normal a Recolher elaborado pelos autuantes (fl. 09 do PAF), registra os valores corretos do ICMS Normal no item 1.1. – SAÍDAS COM DÉBITO DO IMPOSTO, e que estes valores são menores do que os valores escriturados pelo contribuinte no Livro Registro de Apuração do ICMS, cujas cópias foram anexadas no PAF às fls. 102 a 111. Estes valores reduzidos são os corretos do ICMS Normal, que também foram calculados pelos Auditores Fiscais, e encontram-se no Demonstrativo do Cálculo Correto do ICMS Normal (fls. 10 a 55 do PAF), onde também se verifica os valores totais corretos do ICMS Normal dos meses de setembro, outubro, novembro e dezembro de 2009, (fls. 14, 29-verso, 48 e 55, do PAF) foram registrados no novo Demonstrativo da Apuração do ICMS Normal a Recolher (fl. 09 do PAF). Afirmam que se forem analisadas as planilhas de levantamento da Infração 01, verifica-se claramente, que os valores do ICMS próprio devido foram reduzidos, e conclui-se que as argumentações do autuado são totalmente improcedentes. Em relação à Pauta Fiscal referida pelo defendente, os autuantes esclarecem que a partir de 16/08/04, o cálculo do imposto nas saídas do produto AEHC – Álcool Etílico Hidratado Carburante é efetuado utilizando o PMPF – PREÇO MÉDIO PONDERADO A CONSUMIDOR FINAL, determinado através de ATO COTEPE (Comissão Técnica Permanente do ICMS do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ; não é Pauta Fiscal da SEFAZ-BA. Sobre o valor do PMPF para o produto AEHC, os autuantes dizem que se eximem de comentar por não ser matéria de interpretação de legislação tributária, e sim, valor fixo a ser utilizado no cálculo do ICMS. Quanto à multa e juros, os autuantes afirmam que o autuado não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas nos incisos II e III, do § 1º, do art. 159 do RPAF. Argumentam que o empresa de contabilidade contratada, além de serviços próprios justificando a alegação de “dúvida de interpretação” da legis

ignorância da legislação tributária, tendo em vista o nível de instrução e as condições adversas do local da infração”, pois, no caso em questão, é apenas o cumprimento da Legislação Tributária vigente, qual seja o dispositivo legal previsto no capítulo IX do RICMS-BA referente à Base de Cálculo, o art. 54, inciso II, que determina a dedução de descontos incondicionais da base de cálculo do ICMS. Por todas as explanações apresentadas, os autuantes entendem que restou provado que o autuado cometeu a infração levantada e que as alegações defensivas são totalmente improcedentes. Finalizam pedindo a procedência do presente Auto de Infração.

## VOTO

A primeira infração trata da falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Falta de recolhimento do ICMS normal, conforme planilha de cálculo elaborada pelo autuante à fl. 09 do PAF, com base na escrituração dos créditos fiscais efetuada pelo defendente e no demonstrativo de cálculo correto do ICMS normal às fls. 10 a 55 dos autos.

O autuado alegou que não incluiu o desconto incondicional na base de cálculo do ICMS, à luz do art. 54, II, do RICMS/BA, citado pelo autuante, ou seja, conforme determina o próprio RICMS/BA, o desconto não foi levado em consideração para fins de apuração da base de cálculo do imposto. O que ocorreu foi um equívoco, por parte do Fisco, na apuração do valor do imposto devido a título de substituição quando da lavratura do Auto de Infração, razão pela qual entendeu o agente fiscal que o autuado não teria recolhido o ICMS-ST supostamente devido. Diz que o aumento do valor do ICMS-ST implica, por óbvio, na redução do valor a recolher a título de ICMS próprio, uma vez que, como já dito no tópico anterior, o valor da base de cálculo do ICMS-ST é igual a “(Valor da Pauta Fiscal) – (Base de Cálculo do ICMS próprio)”.

Os autuantes informaram que o defendente incluiu o desconto incondicional na Base de Cálculo do ICMS Normal, o que está em desacordo com o previsto no o art. 54, Inciso II, do RICMS-BA.

*Art. 54. No tocante aos acréscimos e aos descontos relativos ao valor das operações ou prestações, observar-se-á o seguinte:*

*II - serão deduzidos da base de cálculo os descontos constantes no documento fiscal, desde que não concedidos sob condição, assim entendidos os que estiverem sujeitos a eventos futuros e incertos;*

De acordo com o dispositivo regulamentar acima reproduzido, os descontos constantes no documento fiscal serão deduzidos da base de cálculo do imposto. Assim, os autuantes juntaram ao presente processo cópia de Notas Fiscais Eletrônicas - NFe emitidas pelo autuado, a exemplo da NFe 8215 (fls. 222 a 224) para comprovar o desconto concedido no mencionado documento fiscal.

No cálculo do ICMS normal nota a nota, os autuantes consideraram o valor da base de cálculo constante no documento fiscal, deduziram o desconto concedido e apuraram o imposto, aplicando a alíquota de 19%, cujos totais por saídas com débito do ICMS foram transportados para o demonstrativo à fl. 09.

Considerando que inexistia dúvida em relação aos cálculos efetuados em consonância com as normas estabelecidas no RICMS/BA, concluo pela procedência desta infração, haja vista que o autuado não comprovou ter recolhido o débito apurado no presente lançamento.

Quanto à multa pela infração apurada, constato que houve equívoco no percentual de 50%, indicado no demonstrativo de débito do Auto de Infração, tendo em vista que a infração apurada se refere a erro na apuração do imposto devido, está enquadrada na alínea “a” do art. 42 da Lei 7.014/96. Por isso, fica retificado o percentual para 60%.



Infração 02: Procedeu a retenção do ICMS a menos, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas de combustíveis e lubrificantes para contribuintes localizados neste Estado, conforme demonstrativos às fls. 56 a 101 do PAF.

O defendente alega que o valor cheio da Pauta Fiscal não pode ser utilizado como base de cálculo para o ICMS-ST, pois esta base de cálculo decorre da operação de subtração entre a Pauta Fiscal e o valor da base de cálculo do ICMS próprio. Diz que foram ignorados todos os valores anteriormente pagos, e que a base de cálculo do ICMS-ST não é “Valor da Pauta Fiscal”, como entende o Fisco, mas, sim, “(Valor da Pauta Fiscal) – (Base de Cálculo do ICMS próprio)”. Entende que o valor da autuação deve ser revisto, uma vez que foi adotada uma base de cálculo errônea, qual seja, o valor cheio da Pauta Fiscal (R\$ 2,00/litro de álcool), quando deveria ter sido realizada a operação aritmética supracitada, deduzindo-se do valor da Pauta Fiscal o valor da base de cálculo do ICMS próprio do contribuinte

Em relação à base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária nas operações realizadas com combustíveis e lubrificantes, o RICMS/BA estabelece:

*Art. 512-B. Nas operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, a base de cálculo do imposto devido por substituição tributária será a seguinte (Conv. ICMS 110/07):*

*I - o preço máximo ou único de venda a consumidor fixado por autoridade competente;*

...

*III - na falta do preço a que se refere o inciso I, nas operações realizadas por distribuidora de combustíveis, exceto nas operações com álcool hidratado, o montante formado pelo preço estabelecido por autoridade competente para o sujeito passivo por substituição tributária, 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, em ambos os casos, do valor resultante da aplicação dos percentuais de margem de valor agregado divulgados mediante Ato COTEPE publicado no Diário Oficial da União, observado o disposto no § 1º;*

*§ 1º Para efeito do disposto nos incisos II a IV e no item 2 da alínea “b” do inciso V, aplicar-se-ão:*

*III - na hipótese de a distribuidora de combustível, assim como tal definida e autorizada por órgão federal competente, realizar operação com álcool hidratado sem computar no respectivo preço o valor das contribuições para o PIS/PASEP e/ou COFINS, aplicar-se-ão os percentuais constantes em Ato COTEPE.*

Observo que na apuração do imposto exigido no presente lançamento, os autuantes utilizaram o PMPF de R\$2,00 por litro de AEHC, aplicaram a alíquota de 19% e deduziram do valor encontrado o ICMS normal apurado na planilha referente à primeira infração e o valor do ICMS Substituição Tributária destacado no documento fiscal.

Quanto ao argumento do defendente de que a apuração do imposto deveria ser com base na fórmula: “(Valor da Pauta Fiscal) – (Base de Cálculo do ICMS próprio)”, não há qualquer previsão legal, e na apuração do imposto exigido foi deduzido o ICMS normal, a que decorre da possibilidade de bitributação, como alegado pelo autuado. Por qualquer irregularidade nos cálculos efetuados pelos autuantes, e o recolhimento do imposto exigido.

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

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206960.0011/10-9**, lavrado contra **PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$2.433.986,59**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “a” e “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de outubro de 2010

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA