

A. I. N° - 278937.1001/14-2
AUTUADO - TOTAL DISTRIBUIDORA S/A.
AUTUANTES - WILDE RABELO DIAS FILHO
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 26.08.2015

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0149-05/15

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADOS A MENOS. OPERAÇÕES COM ÁLCOOL ETÍLICO HIDRATADO COMBUSTÍVEL (AEHC). Na apuração da base de cálculo do imposto devido por substituição tributária deve prevalecer o Preço Médio Ponderado a Consumidor (PMPF), estabelecido através de Ato COTEPE, se maior que a base cálculo decorrente da aplicação da MVA (margem de valor agregado) sobre o valor da operação acrescido das parcelas de frete, seguro, tributos, contribuições e demais encargos transferíveis ou cobrados do destinatário. Através de diligência fiscal foram efetuados ajustes na composição do débito, com a exclusão de parcelas indevidas e correção de erros na formulação dos cálculos do ICMS-ST. Não acatada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 28.03.2014, para exigir ICMS, no valor histórico total de R\$ 5.867,12, com as seguinte imputação: "*Procedeu à retenção a menor do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas de combustíveis e lubrificantes para contribuintes localizados neste Estado. Multa aplicada: 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra "e", da Lei nº 7.014/96*".

O Demonstrativo que respalda o Auto de Infração encontra-se apensado às fls. 5 e 6 do PAF e espelha as operações com álcool etílico hidratado combustível (AEHC). A exigência do imposto refere-se à diferença de base de cálculo do ICMS-ST, ou seja, a cobrança de diferença de imposto nas situações em que o PMPF (preço médio ponderado a consumidor final) foi superior ao valor da operação com a adição da MVA (margem de valor agregado) aplicável ao produto.

O contribuinte foi notificado do Auto de Infração, fls. 8/16, e ingressou com impugnação administrativa em 14/07/14, em petição subscrita por advogado com procuração nos autos (doc. fls. 25/27). Após pontuar a tempestividade da inicial a defesa fez em breve relato da autuação, que teve por objetivo cobrar a diferença de ICMS devido a título de substituição tributária nas operações internas subsequentes com álcool etanol hidratado combustível (AEHC), no período de 30/11/2010 a 31/12/2010.

Inicialmente a defesa suscitou a nulidade do Auto de Infração por afronta aos princípios constitucionais do processo, entre eles, a ampla defesa, o contraditório e a legalidade. Discorreu acerca da necessidade do fisco trazer a prova constitutiva do lançamento fiscal. Transcreveu na peça impugnatória trechos extraídos da doutrina e jurisprudência pátrias a respeito do tema.

No mérito o contribuinte argumentou que demonstrativo que dá suporte ao lançamento de ofício apresentou diversos equívocos em relação às quantidades do produto e valor total da operação. Consignou ainda que não houve a demonstração do valor unitário das mercadorias e que também

foi inserido um campo denominado "**desconto do produto**" que não tem correspondência com as notas fiscais emitidas.

Por fim, afirmou que o cálculo do ICMS-ST foi quantificado em valor superior ao efetivamente devido (valor do produto + MVA). Elaborou planilha anexada à peça de defesa para demonstrar como efetuou os cálculos do imposto (doc. fl. 31). Sustentou que há falta de certeza e liquidez do crédito tributário reclamado e que o lançamento ofendeu o princípio da legalidade e dificultou o exercício do direito de defesa.

Formulou pedidos sucessivos, pela nulidade e em seguida, pela improcedência do Auto de Infração.

Ao prestar informação fiscal (doc. fls. 87 a 89), o autuante rebateu os argumentos defensivos. No tocante à nulidade observou que o contribuinte exerceu a plenitude do seu direito ao contraditar o lançamento com a juntada de documentos e demonstrativos. Afirmou em seguida que a apuração do imposto foi efetuada de forma correta, pois desde a data de 23/11/10 o cálculo do ICMS-ST, nas operações com álcool hidratado combustível, tem por base o PMPF (preço médio ponderado a consumidor final), cujos valores são estabelecidos em Atos da Comissão Técnica Permanente do ICMS (COTEPE), desde que superior ao que for consignado na operação, através do somatório das parcelas relacionadas à mercadoria, frete, seguros e tributos, contribuições e demais encargos transferíveis ao adquirente, acrescidos da MVA (margem de valor agregado), estabelecida também em Atos da COTEPE. Afirmou em seguida que o contribuinte equivocou-se ao apurar o imposto com base tão somente no PMPF, incorrendo em pagamento a menor do imposto, conforme foi detalhado no Auto de Infração. Invocou a aplicação ao caso das disposições dos arts. 512-A e 512-B, do RICMS/97.

Ao finalizar a peça informativa pediu que seja mantido sem alteração o lançamento com a consequente declaração de procedência do Auto de Infração.

Na assentada do julgamento, o colegiado desta 5ª JF, ao se debruçar sobre o Demonstrativo que respaldou a autuação identificou algumas inconsistências, entre elas, a inclusão da coluna "**desconto produto**" e os erros na formulação dos cálculos do ICMS-ST das notas fiscais, por amostragem, a seguir enumeradas:

- a) Nota Fiscal nº 29.397 (doc. fl. 76), que contempla a quantidade de 2.000 litros de AEHC, ao preço unitário de R\$ 1,5195, ICMS normal de R\$ 577,41; base de cálculo do ICMS-ST com MVA de 31,69% no valor de R\$ 4.002,06; e, ICMS-ST de R\$ 182,98 ($R\$ 4.002,06 \times 19\% - R\$ 577,41$). Já ICMS-ST com o PMPF de R\$ 2,00/l seria: $2.000 \text{ litros} \times R\$ 2,00 = R\$ 4.000,00 \times 19\% - R\$ 577,41 = 182,59$. Porém, no demonstrativo do Auto de Infração é cobrada uma diferença de ICMS-ST de R\$ 56,09.
- b) Nota Fiscal nº 29.808 (doc. fl. 59), que contempla a quantidade de 5.000 litros de AEHC, ao preço unitário de R\$ 1,5147, ICMS normal de R\$ 1.438,97; base de cálculo do ICMS-ST com MVA de 31,69% no valor de R\$ 9.973,54; e, ICMS-ST de R\$ 456,01 ($R\$ 9.973,54 \times 19\% - R\$ 1.438,97$). Já ICMS-ST com o PMPF de R\$ 2,00/l seria: $5.000 \text{ litros} \times R\$ 2,00 = R\$ 10.000,00 \times 19\% - R\$ 1.438,96 = 461,04$ (valor que foi consignado na nota fiscal emitida pelo contribuinte). Porém, no demonstrativo do Auto de Infração é cobrada uma diferença de ICMS-ST de R\$ 110,32.

Converteu-se o processo em diligência para o autuante visando a revisão da totalidade do Demonstrativo juntado às fls. 5 e 6 do PAF, conforme termo anexado às fls. 100/101. Pediu-se ainda que fossem abordados, de forma detalhada, todas as inconsistências apontadas na peça de defesa. Na hipótese de haver ainda valores a serem exigidos, determinou-se a elaboração de novo demonstrativo de débito no mesmo formato do Auto de Infração.

O autuante, ao cumprir a diligência solicitada por este colegiado, **fls. 104/107**, relatou ter retificado o demonstrativo de substituição tributária do AEHC, com a exclusão dos valores da coluna "**Descontos Concedidos**" e a correção da fórmula aplicada para o cálculo do imposto com

base no PMPF. Observou ainda que a defesa equivocou-se ao juntar na peça impugnatória demonstrativos relacionados a outro Auto de Infração, lavrado junto à filial localizada no município de Itabuna.

Apresentou novo demonstrativo apensado às fls. 106/107, reduzindo o débito apurado do Auto de Infração de R\$ 5.867,12 para R\$ 751,90.

O contribuinte foi notificado acerca da revisão fiscal operada pelo autuante, através de A.R. (aviso de recebimento), conforme documento juntada à fl. 105. Concedido o prazo de 10 dias para contestação, não houve manifestação da parte da defesa.

VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS em razão de ter sido imputado ao contribuinte a acusação de retenção a menor do imposto e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes nas vendas de álcool hidratado combustível para contribuintes localizados neste Estado.

Fundamentou-se o lançamento nas disposições 512-B e seu § 1º-A, do RICMS/97, vigente à época de ocorrência dos fatos geradores, que estabelecia que nas operações com álcool hidratado combustível a base de cálculo do ICMS, devido a título de substituição tributária, seria o preço médio ponderado a consumidor (PMPF), estabelecido através de Ato COTEPE, se maior que a base cálculo decorrente da aplicação da MVA (margem de valor agregado) sobre o valor da operação acrescido das parcelas de frete, seguro, tributos, contribuições e demais encargos transferíveis ou cobrados do destinatário.

Por ocasião da defesa, o sujeito passivo apontou diversos equívocos extraídos do demonstrativo que dá suporte ao lançamento de ofício relacionados às quantidades do produto e valor total da operação. Foi consignado ainda que não houve a demonstração do valor unitário das mercadorias e que também foi inserido um campo denominado "**desconto do produto**" que não tem correspondência com as notas fiscais emitidas. Formulou pedidos sucessivos de nulidade e improcedência do lançamento.

O colegiado desta 5ª JF, ao se debruçar sobre o Demonstrativo que respaldou a autuação identificou algumas inconsistências, entre elas, a que foi reclamada pelo impugnante, relativa à inclusão da coluna "**desconto produto**" e inúmeros erros na formulação dos cálculos do ICMS-ST das notas fiscais, por amostragem, a seguir enumeradas:

- a) *Nota Fiscal nº 29.397 (doc. fl. 76), que contempla a quantidade de 2.000 litros de AEHC, ao preço unitário de R\$ 1,5195, ICMS normal de R\$ 577,41; base de cálculo do ICMS-ST com MVA de 31,69% no valor de R\$ 4.002,06; e, ICMS-ST de R\$ 182,98 ($R\$ 4.002,06 \times 19\% - R\$ 577,41$). Já ICMS-ST com o PMPF de R\$ 2,00/l seria: $2.000 \text{ litros} \times R\$ 2,00 = R\$ 4.000,00 \times 19\% - R\$ 577,41 = 182,59$. Porém, no demonstrativo do Auto de Infração é cobrada uma diferença de ICMS-ST de R\$ 56,09.*
- b) *Nota Fiscal nº 29.808 (doc. fl. 59), que contempla a quantidade de 5.000 litros de AEHC, ao preço unitário de R\$ 1,5147, ICMS normal de R\$ 1.438,97; base de cálculo do ICMS-ST com MVA de 31,69% no valor de R\$ 9.973,54; e, ICMS-ST de R\$ 456,01 ($R\$ 9.973,54 \times 19\% - R\$ 1.438,97$). Já ICMS-ST com o PMPF de R\$ 2,00/l seria: $5.000 \text{ litros} \times R\$ 2,00 = R\$ 10.000,00 \times 19\% - R\$ 1.438,96 = 461,04$ (valor que foi consignado na nota fiscal emitida pelo contribuinte). Porém, no demonstrativo do Auto de Infração é cobrada uma diferença de ICMS-ST de R\$ 110,32.*

O processo foi convertido em diligência para o autuante visando a revisão da totalidade do Demonstrativo juntado às fls. 5 e 6 do PAF, conforme termo anexado às fls. 100/101. Pediu-se ainda que fossem abordados, de forma detalhada, todas as inconsistências apontadas na peça de defesa.

O autuante, ao cumprir a diligência solicitada por este colegiado, relatou ter retificado o demonstrativo de substituição tributária do AEHC, com a exclusão dos valores da coluna

"Descontos Concedidos" e a correção da fórmula aplicada para o cálculo do imposto com base no PMPF. Apresentou novo demonstrativo, apensado às fls. 106/107, reduzindo o débito apurado do Auto de Infração de R\$ 5.867,12 para R\$ 751,90.

O contribuinte foi notificado acerca da revisão fiscal operada pelo autuante, através de A.R. (aviso de recebimento), conforme documento juntada à fl. 105. Concedido o prazo de 10 (dez) dias para contestação, não houve manifestação da parte da defesa.

Concluo, portanto, que após a realização da diligência saneadora determinada por este órgão colegiado de julgamento, as omissões apontadas pela defesa foram devidamente saneadas, implicando no devido acerto do crédito tributário reclamado. Presentes assim os elementos essenciais para se adentrar no exame de mérito, relacionados à liquidez, certeza e exigibilidade. Por outro lado, do ponto de vista formal, ficou assegurado ao contribuinte a possibilidade de contraditar o valor residual do Auto de Infração, restabelecendo-se assim as garantias da ampla defesa e do contraditório.

Pelas razões acima expostas, não vislumbro motivos para decretar a nulidade do Auto de Infração.

No tocante ao mérito, considerando as disposições contidas no art. 512-B e seu § 1º-A, do RICMS/97, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, acima mencionado, acolho a revisão efetuada pelo autuante, e julgo PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração em epígrafe que passa a ter o Demonstrativo de Débito abaixo reproduzido. O valor total do débito fica reduzido de R\$ 5.867,12 para R\$ 751,90.

D.OCORRÊNCIA	D.VENCIMENTO	B.CÁLCULO	ALIQ.	MULTA	VALOR ICMS
30/11/2010	15/12/2010	909,00	19%	60%	172,71
31/12/2010	15/01/2011	3.048,37	19%	60%	579,19
TOTAL					751,90

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **278937.1001/14-2**, lavrado contra **TOTAL DISTRIBUIDORA S/A.**, devendo ser intimado o autuado a efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$751,90**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, II, "e", e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de agosto de 2015.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

TOLSTOI SEARA NOLASCO – RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR