

PROCESSO - A. I. Nº 206923.0024/14-7
RECORRENTE - IPIRANGA PRODUTOS DE PETRÓLEO S.A. (TEXACO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0007-01/16
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - PUBLICAÇÃO: 27/12/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0430-12/17

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. A aquisição de aditivo para mistura do diesel e a gasolina não dão direito a crédito, pois ficou comprovado que os custos dos aditivos não foram considerados na base de cálculo do imposto pago por substituição tributária. Ao compulsar os dados nos autos, encontram-se cópias do livro Registro de Entradas que em confronto com a EFD entregue ao Estado da Bahia, constata-se notas fiscais lançadas no livro de ICMS sem o creditamento do ICMS. Ofensa ao princípio de não cumulatividade não configurada na hipótese dos autos. Não acolhido também o pedido de exclusão ou redução da multa por descumprimento de obrigação principal sob a alegação de afronta ao princípio do não confisco. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário interposto pela autuada em razão do Acórdão 1ª JJF Nº 0007-01/16, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração nº 206923.0024/14-7, lavrado em 17/12/2014, para exigir ICMS no valor histórico de R\$87.129,87, em razão de três sendo objeto recursal a infração 2:

INFRAÇÃO 02 - 01.02.06 - utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aditivos para combustíveis adquiridos com pagamento de imposto por substituição tributária, ocorrido nos meses de janeiro, fevereiro, março, maio, julho, agosto, setembro, outubro e dezembro de 2012, sendo exigido ICMS no valor histórico de R\$20.458,85, acrescido de multa de 60% prevista na alínea "a" do inciso VII do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 12/01/2016 (fls. 257 a 261) e decidiu pela Procedência em Parte, por unanimidade. O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

“VOTO

Inicialmente, verifico no presente PAF a identificação do sujeito passivo, da descrição da infração, do dispositivo da legislação tributária inerente ao enquadramento e da tipificação da multa. Há indicação da base de cálculo, alíquota e valor do imposto exigido, conforme art. 39 do RPAF/BA, permitindo ao impugnante o exercício do seu direito de defesa e do contraditório, motivo pelo qual a lide está apta ao seu deslinde.

Inicialmente, afastamos toda discussão acerca da inconstitucionalidade das multas aplicadas no presente auto de infração. De acordo com o inciso I do artigo 167 do RPAF, não é competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual e que as multas aplicadas estão previstas no art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Em relação à infração 01, observo que trata-se de operações interestaduais com aditivo (NCM 3811), mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária (item 16.11 do anexo 1 do RICMS/12), destinado para mistura à gasolina e diesel pelo autuado, que exerce atividade de distribuidor de combustíveis.

O autuante reclama o crédito tributário do autuado por solidariedade visto que o remetente não fez a retenção e não possuía inscrição no Estado da Bahia como substituto tributário.

Inicialmente, vale destacar que o caput do art. 10 da Lei nº 7.014/96 estabelece que nas operações interestaduais, a adoção do regime de substituição tributária dependerá de acordo específico para este fim celebrado entre a Bahia e as unidades da Federação interessadas.

O Convênio ICMS 81/93, que estabelece normas gerais a serem aplicadas a regimes de substituição tributária,

instituídos por convênios ou protocolos firmados entre os Estados e o Distrito Federal, determina no inciso II do caput da cláusula quinta que a substituição tributária não se aplica às transferências para outro estabelecimento, exceto varejista, do sujeito passivo por substituição, hipótese em que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto recairá sobre o estabelecimento que promover a saída da mercadoria com destino a empresa diversa.

O parágrafo único da mesma cláusula quinta define como sujeito passivo por substituição aquele definido como tal no protocolo ou convênio que trata do regime de substituição tributária aplicável à mercadoria.

Assim, a responsabilidade tributária pela retenção do imposto deve ser definida nos referidos acordos. O Convênio ICMS 110/07 é o convênio que inclui os aditivos no regime de substituição tributária, conforme disposto na alínea "a" do inciso I do § 1º da cláusula primeira do referido convênio. No caput da sua cláusula primeira, é considerado como sujeito passivo por substituição tributária o remetente das mercadorias, seja ele industrial ou comercial.

Deste modo, concluo que nas transferências interestaduais entre estabelecimentos atacadistas da mesma empresa com aditivos (NCM 3811) não pode ser atribuído ao remetente a responsabilidade pela retenção do imposto e, por conseguinte, não pode ser atribuído ao destinatário a responsabilidade por solidariedade.

Considerando que a imputação da responsabilidade por solidariedade ao autuado prejudicou a sua defesa, voto pela nulidade da infração 01, recomendando a repetição da ação fiscal para atribuir ao autuado a responsabilidade pelo pagamento do imposto por antecipação tributária com fulcro no disposto na alínea "a" do inciso I do § 4º do art. 8º da Lei nº 7.014/96. O referido dispositivo diz:

"§ 4º Será devido o imposto por antecipação tributária, observado o disposto no § 6º do art. 23 desta Lei:

I - na entrada da mercadoria ou bem no território deste Estado ou no desembarço aduaneiro, tratando-se de:

a) mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária;"

Na transferência entre estabelecimentos atacadistas de uma mesma empresa que não possui atividade industrial não existe restrição na legislação que impeça a atribuição da responsabilidade ao destinatário, conforme redação do inciso I do § 8º do art. 8º da Lei nº 7.014/96:

"§ 8º Salvo disposição em contrário prevista em regulamento, não se fará a retenção ou antecipação do imposto quando a mercadoria se destinar:

I - a estabelecimento filial atacadista situado neste Estado, no caso de transferência de estabelecimento industrial ou de suas outras filiais atacadistas, localizado nesta ou em outra unidade da Federação, ficando o destinatário responsável pela retenção do imposto referente às operações internas subsequentes, hipótese em que aplicará a MVA prevista para a retenção por estabelecimento industrial;"

Em relação à infração 02, o autuante reclama o uso indevido de crédito fiscal por empresa distribuidora de combustíveis decorrente da aquisição de aditivos que estão enquadrados no regime de substituição tributária.

Como já vimos nas argumentações relativas à infração 01, apesar destes aditivos estarem classificados na NCM 3811, estando sujeitos ao regime de substituição tributária, o remetente da mercadoria não efetuou a retenção do imposto por não se aplicar ao caso concreto.

Entretanto, como já sabido em função das circunstâncias narradas em relação à infração 01, o aditivo adquirido tinha como destino a mistura ao diesel e à gasolina existentes nos tanques pertencentes ao autuado, para obtenção de um produto mais caro e com mais apelo mercadológico.

Em 2012, o valor adotado como base de cálculo da substituição tributária nas operações com diesel e gasolina destinados a contribuinte localizado no Estado da Bahia era obtido com base na aplicação de margem de valor adicionado (MVA) definida em ato COTEPE para aplicação sobre o preço da gasolina C e do diesel comum comercializados pelo substituto tributário.

No momento da comercialização dos combustíveis, a refinaria calculava o imposto devido por substituição tributária considerando, no caso da gasolina C, o percentual de álcool anidro a ser adicionado posteriormente pela distribuidora de combustível, destinatária das mercadorias.

Neste momento, não era possível calcular o imposto senão em relação aos combustíveis vendidos sem a inclusão dos aditivos. A inclusão dos aditivos seria uma decisão do distribuidor de combustível em função da quantidade estimada de vendas deste produto no mercado de sua atuação.

Se a retenção tomou por base a venda do combustível sem a inclusão eventual do aditivo, não podemos afirmar que o imposto do aditivo já foi pago por substituição tributária quando da retenção pela refinaria. Assim, não é possível admitir o uso do crédito fiscal relativo ao imposto cobrado quando da aquisição de aditivos por distribuidora de combustível sob o pretexto de que este insumo já compunha a base de cálculo da substituição tributária quando da retenção pelo remetente.

Assim, reconheço procedente a infração 02.

Entretanto, considerando que o percentual da MVA aplicado aos aditivos era de, no mínimo, cinco vezes menor

que o percentual de MVA aplicável aos combustíveis, considerando que o volume de aditivos acrescentados aos combustíveis representou um incremento que não foi efetivamente tributado por antecipação tributária pelo substituto tributário, pois o volume considerado levou em conta apenas o volume de diesel comum transportado e, no caso da gasolina, o volume transportado mais a quantidade de álcool que deveria ser adicionado pela distribuidora, e considerando que o aditivo acrescentado ao combustível representa 1% de seu volume e que o preço de venda do combustível aditivado representa um incremento médio de 5% em relação ao preço do combustível sem aditivo, entendo que pode haver tributo a ser ainda reclamado de ofício ao autuado em razão do volume extra gerado e comercializado pelo autuado sem o pagamento do ICMS por força da adição dos aditivos por ele misturados, em razão das diferenças de MVA aplicadas e em razão dos preços finais de cada produto aditivado. Havendo tributo a reclamar, como se evidencia, aí sim o imposto destacado nos documentos de aquisição de aditivos, bem como os pagos por substituição tributária, poderão ser usados na compensação do imposto gerado em relação ao incremento de volume obtido e relação à nova base de cálculo.

Em relação à infração 03, não há contestação pelo autuado que informa já ter efetuado o recolhimento do valor reclamado. Voto pela procedência da infração 03, devendo ser homologado pela autoridade competente o pagamento efetuado.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do auto de infração.

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, "b" do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário às fls. 272 a 290, para a infração 2 mediante o qual aduz as seguintes razões.

Inicialmente, tece um breve relato sobre os fatos, tempestividade do Recurso e competência recursal, e basicamente repete suas alegações iniciais.

Em apertada síntese a Recorrente impugnou o lançamento, demonstrando que: i) nos termos do princípio da não cumulatividade previsto no artigo 155, § 2º, I, da Constituição Federal, o Estado da Bahia não pode limitar o direito de crédito da Recorrente; ii) além disso, o aditivo transferido para o estabelecimento da Recorrente situado no Estado da Bahia não foi destinado à comercialização, mas sim utilizado como insumo na industrialização de Gasolina e Diesel aditivados (doc. 04 da impugnação); e iii) por fim, ressalte-se a natureza confiscatória da penalidade imputada à Recorrente, na razão de 60%.

Aduz quanto ao direito da Recorrente na utilização dos créditos de ICMS com base no princípio da não-cumulatividade, destacando que, no caso em tela a mercadoria em questão é insumo utilizado na industrialização de gasolina e diesel, e para tal apresenta os documentos necessários para demonstrar que o aditivo adquirido por ela faz parte do processo de industrialização dos combustíveis e de forma alguma são comercializados (doc. 01 – CD fl. 291).

Assevera que a Fiscalização Estadual glosou os créditos utilizados pela Recorrente, com base na previsão do artigo 29, § 4º, II da Lei Estadual nº 7.014/96.

Ou seja, foi reconhecido que as mercadorias objetos das operações em discussão tratam-se de insumos utilizados no processo de industrialização da Recorrente e, considerando que o auto de infração foi lavrado, com base na premissa equivocada que tais produtos seriam comercializados, tais premissas bastam para demonstrar a necessidade cancelamento integral da Infração 2.

Frisa que os i. julgadores da 1ª Junta de Julgamento Fiscal alegaram que não se pode admitir o crédito do imposto cobrado quando da aquisição do aditivo pela distribuidora sob o pretexto de que este insumo já compunha a base de cálculo da substituição tributária quando da retenção pelo remetente, pois não é possível afirmar que os aditivos foram objetos de recolhimento do ICMS devido por substituição tributária pela Refinaria.

Afirma que os créditos utilizados pela Recorrente decorrem única e exclusivamente do destaque do ICMS das notas fiscais de aquisição dos lubrificantes e não possuem, portanto, qualquer relação com a base de cálculo do ICMS ST que supostamente seria devido.

Como se não bastasse, ressalte-se que parte dos créditos indicados pela Fiscalização Estadual sequer foram utilizados pela Recorrente, conforme comprovam os lançamentos realizados no seu Livro Registro de Entradas - LRE (doc. 02 – CD fl. 291).

Aduz que além de não haver respaldo para a cobrança realizada pela Fiscalização Estadual com base em supostos créditos de ICMS ST, a Recorrente deixou ainda de lançar o valor de R\$ 11.401,19 à título crédito do imposto, uma vez que deixou de registrar os valores de ICMS destacados nas

notas fiscais de entrada como créditos na sua apuração.

Assim, apesar da Fiscalização Estadual ter glosado o valor de R\$20.458,85 de suposto crédito indevido de ICMS ST, com base nas notas fiscais indicadas pelo Fiscal, a Recorrente, na realidade, apenas utilizou o valor de R\$10.299,38 a título de crédito do imposto, decorrente do destaque do imposto nas notas fiscais de entrada dos lubrificantes em seu estabelecimento.

Nesta toada, afirma que a não-cumulatividade é característica essencial do ICMS, pois evita que o imposto seja cobrado “em cascata”, justamente por conta da previsão de compensação do que for devido “em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores”, seja pelo próprio Estado-membro, seja por Estado-membro diverso ou o Distrito Federal.

Ressalta que não se trata de compensação jurídica prescrita no artigo 156, inciso II, do CTN, pois não se extingue o crédito tributário, mas sim de compensação financeira, simples operação matemática, por meio de sistema escritural de débito e crédito.

De qualquer forma, o princípio da não-cumulatividade é muito mais que um fenômeno financeiro ou econômico, sendo, na verdade, jurídico, pois é a própria Constituição da República que o prescreve como característica essencial do ICMS.

Conclui dizendo que o aditivo é um insumo utilizado pela Recorrente no seu processo de industrialização, nos termos do princípio constitucional da não cumulatividade do ICMS, a Recorrente faz jus aos créditos de ICMS decorrentes das operações de aquisição dessas mercadorias, e que não há nenhum respaldo legal para que seja mantida a restrição aos créditos utilizados pela Recorrente no período de janeiro, fevereiro, março, maio, julho, agosto, setembro, outubro e dezembro de 2012, deve ser reformado o Acórdão JJF nº 0007-01/16 para cancelar integralmente a Infração 2.

Subsidiariamente, caso não acolhidas as suas alegações, pede o afastamento da multa plicada sob a alegação de que possui nítida feição confiscatória.

VOTO

Ab ovo sinalizo que procede o argumento defensivo de que existem créditos indicados pela Fiscalização Estadual que não foram utilizados pela Recorrente.

A Recorrente é acusada de haver se creditado indevidamente do ICMS relativo a aquisição do aditivo NCM 3811, com pagamento de imposto por substituição tributária.

O sujeito passivo não nega os fatos que lhe foram atribuídos, tendo divergido da qualificação jurídica que lhe quer emprestar a fiscalização, pois defende a licitude do creditamento do imposto, na Infração 2.

A questão cinge-se, como se vê, ao tratamento tributário a ser dispensado às operações com o aditivo NCM3811, ao longo da cadeia de distribuição da gasolina e do óleo diesel.

É oportuno esclarecer que a gasolina e o óleo diesel são produtos resultantes do refino do petróleo, levado a efeito pela Refinaria, substituto tributário responsável pela retenção e recolhimento do ICMS incidente em toda a cadeia dos derivados do petróleo.

Outro aspecto que precisa ser esclarecido é que o aditivo NCM3811 é misturado à gasolina comum e ao óleo diesel, na distribuidora, a qual adquire, da refinaria, os derivados do petróleo citados sem qualquer aditivação.

A mistura do aditivo citado à “Gasolina Comum”(GAC), diferentemente do que afirma o sujeito passivo, não dá origem à “Gasolina Premium”(GAP), mas à “Gasolina Aditivada”, conforme se pode concluir pela leitura do texto extraído da Rede Mundial de Computadores, do site <http://g1.globo.com/carros/especial-publicitario/shell/mitos-e-verdades-do-combustivel/noticia/2014/09/comum-aditivada-ou-premium-veja-diferenca-entre-elas.html>, abaixo reproduzido.

“Comum: A gasolina comum é o combustível bruto que sai das refinarias acrescido dos 25% de etanol anidro. Ele não contém nenhum tipo de aditivo e é basicamente igual em todas as marcas. Por não ter aditivos, é o combustível menos recomendado para os automóveis porque não contém em sua fórmula substâncias que

protegem o motor. ... Aditivada: A aditivada também tem os 25% de etanol anidro. Porém, ela é composta por aditivos químicos que ajudam na limpeza do motor. Cada marca tem sua fórmula específica de aditivada. Em geral, todas têm detergentes e dispersantes. O detergente desprende a sujeira e o dispersante faz com que ela seja quebrada para ser eliminada pelo sistema de combustão. Nos aditivos ainda estão anticorrosivos e antioxidantes. ... Premium: Como manda a lei, a premium também tem os 25% de etanol anidro. Ela é composta por aditivos usados na gasolina aditivada que ajudam na conservação e limpeza do motor. A principal diferença é em relação à octanagem. Enquanto a comum e a aditivada têm 87 octanas (ou IAD – índice anti detonante), a premium tem 91 octanas.

...(grifos acrescidos)”

Independentemente disso, porém, a apuração da base de cálculo do ICMS-ST no período da autuação (2012/13) não tinha por base o PMPF (Preço Médio Ponderado ao Consumidor Final), mas a MVA, pois tal cálculo obedecia ao quanto previsto no Ato COTEPE 21/08, cuja tabela não fazia qualquer distinção entre a Gasolina Comum, a Gasolina Aditivada e a Gasolina Premium, conforme abaixo.

“ATO COTEPE/ICMS Nº 21, DE 25 DE JUNHO DE 2008

Divulga as margens de valor agregado a que se refere a cláusula oitava do Convênio ICMS 110/07, que dispõe sobre o regime de substituição tributária nas operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, e com outros produtos.

O Secretário Executivo do Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, no uso de suas atribuições, considerando o disposto na cláusula oitava do Convênio ICMS 110/07, de 28 de setembro de 2007, divulga as margens de valor agregado que as unidades federadas indicadas nas tabelas abaixo adotarão a partir de 1º de julho de 2008, na hipótese em que:

UF	Gasolina Automotiva e		Álcool hidratado				Óleo Combustível	
	Álcool Anidro							
	Internas	Interestaduais	Internas	Interestaduais			Internas	Interestaduais
				Alíquota	Alíquota	Origina o de Importa ção		
				7%	12%	4%		
AC	39,21%	83,97%	41,58%	73,45%	64,60%		9,93%	36,81%
AL	33,41%	82,75%	74,72%	122,59%	110,62%		24,46%	49,96%
AM	13,56%	51,41%	19,44%	68,26%	59,26%		-	-
AP	22,54%	63,38%	18,76%	47,26%	39,34%	52,01%	28,21%	54,46%
BA	29,66%	77,62%	31,69%	51,21%	43,07%	56,08%	10,30%	37,27%
CE	23,41%	69,05%	34,17%	66,37%	57,43%		9,62%	36,42%
DF	15,78%	54,37%	36,28%	68,98%	59,90%	74,44%	9,94%	46,59%
ES	36,69%	87,24%	25,20%	59,50%	50,92%	-	-	-
GO	21,41%	64,06%	13,76%	42,97%	35,28%		54,78%	86,48%
MA	26,18%	68,24%	14,95%	42,54%	34,87%		9,62%	36,42%
MG	42,64%	95,40%	30,45%	49,78%	41,72%	54,61%	29,01%	57,33%
MS	41,38%	88,50%	94,57%	141,26%	128,29%		59,96%	92,72%
MT	69,67%	124,93%	114,64%	184,10%	184,10%		138,36%	184,70%
PA	21,09%	72,98%	20,44%	60,01%	51,41%		30,00%	56,63%
PB	18,09%	57,45%	15,45%	43,15%	35,46%		22,29%	47,33%
PE	38,23%	84,30%	36,37%	69,09%	60,00%		16,28%	40,10%
PI	14,50%	52,66%	23,45%	53,08%	44,85%		11,89%	34,81%
PR	26,69%	75,96%	25,00%	56,98%	25,00%	36,36%	20,23%	46,67%
RJ	31,92%	88,46%	34,36%	81,09%	71,35%		11,35%	23,46%
RN	23,86%	65,15%	16,93%	44,99%	37,19%		13,22%	36,41%
RO	23,34%	64,46%	85,71%	130,29%	117,90%		29,00%	57,82%
RR	17,80%	47,25%	20,00%	48,81%	40,81%		9,97%	36,86%
RS	35,75%	81,00%	38,81%	46,69%	38,81%	51,43%	9,96%	32,48%
SC	20,49%	60,66%	25,87%	-	60,92%		9,93%	36,81%
SE	18,46%	62,27%	9,73%	39,80%	32,28%		-	-
*SP	63,02%	117,36%	26,28%	-	43,50%		10,48%	34,73%
TO	25,72%	67,62%	32,84%	64,72%	55,86%	70,05%	9,94%	46,59%

A alteração da metodologia somente ocorreu a partir de dezembro de 2015, com a edição do Ato COTEPE 24/15.

Ora, inexistindo regra específica de cálculo para a Gasolina Aditivada, ou mesmo para a Gasolina Premium, no período da autuação, é forçoso concluir que os custos dos aditivos não se encontravam embutidos na base de cálculo utilizada para a retenção do ICMS-ST pela refinaria, já

que o único parâmetro utilizado era o preço da Gasolina Comum.

Não tendo onerado a base de cálculo do ICMS-ST não pode o contribuinte querer se creditar do imposto incidente nas aquisições desses aditivos, já que sequer havia qualquer previsão dessa mistura. Nesse sentido, foi a resposta dada pela SAT/COPEC, através do Parecer acostado às fls. 304/305 dos autos, datado de 06/12/16, em resposta à diligência solicitada pela 2ª JF, conforme abaixo.

“Em função da sistemática de tributação de combustíveis derivados de petróleo, incluindo aí a gasolina e o diesel, a retenção do ICMS é feita pela Refinaria, quando esta vende o combustível (comum) para as Distribuidoras, onde poderá ocorrer, ou não, a mistura aditivos. Tomando-se com parâmetro que a Refinaria, quando vende o combustível para a distribuidora, não sabe qual o montante do combustível vendido será transformado pela Distribuidora em combustível aditivado (por meio do acréscimo de aditivos ao combustível comum), certamente que ela, a Refinaria, não teria como efetuar a substituição tributária relativamente ao combustível aditivado.

Diante dessa explicação, é certo que, no cálculo do ICMS-ST pela Refinaria, por meio da MVA (ou então por meio do PMPF – Preço Médio Ponderado ao Consumidor Final), não era, e nem é atualmente, considerado o valor dos aditivos adquiridos pela Distribuidora para realizar a mistura, transformando, por exemplo, gasolina C (também conhecida como gasolina comum) em gasolina aditivada. Sequer teria lógica computar o custo dos aditivos na MVA (ou PMPF), já que se estaria embutindo um custo incerto na cadeia produtiva, onerando sobremaneira os contribuintes”.

O mesmo se aplica ao “Óleo Diesel”, pois não havia qualquer previsão de tributação do Óleo Diesel Aditivado (resultante da aditivação do Óleo Combustível), conforme se pode ler no Ato COTEPE 21/08, já reproduzido.

Ademais, não é despidendo destacar que a mistura de aditivos ao Óleo Diesel não resulta no produto “Diesel S10”, mas no “Diesel Aditivado”, conforme se lê na Rede Mundial de Computadores, no site <http://www.grupocombustran.com.br/oleo-diesel.php>, em trecho abaixo destacado.

“Preocupada em oferecer um produto voltado para o mercado consumidor de diesel, principalmente nas grandes metrópoles, oferecemos o produto mais inovador existente no mercado. O Óleo Diesel Aditivado que o Grupo Combustran comercializa proporciona os seguintes benefícios: Redução do consumo em até 3,0%, em função da combustão de melhor qualidade proporcionada pelos aditivos presentes no produto; ... (grifos acrescidos)”

O “Diesel S10” traduz-se em outra mercadoria, conforme se lê no site referido, em outro trecho abaixo reproduzido.

“Com um teor muito menor de enxofre, o Óleo Diesel S-10 que você encontra na Combustran é especialmente direcionado à frota cativa de ônibus das regiões metropolitanas determinadas pela ANP e Conama e também, para a frota de caminhões e ônibus fabricados a partir de 2012 (grifo acrescido).”

Tal entendimento não ofende o princípio da não cumulatividade nem impõe *bis-in-idem* ao setor.

Quanto à alegação de confiscatoriedade da multa aplicada, ressalto que refoge à competência desse colegiado a apreciação de arguição de inconstitucionalidade da norma posta, conforma dispõe o art. 167, inciso I do RPAF, abaixo reproduzido.

“Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

*I - a declaração de inconstitucionalidade;
...”*

Ao compulsar o arquivo: LRE-NFE-076963_INTIMAÇÃO SEFAZ BAHIA.PDF, constante de CD anexo às fls. 291, onde há cópias do livro Registro de Entradas da Recorrente em confronto com a EFD entregue ao Estado da Bahia, constato que as Notas fiscais abaixo elencadas estão lançadas no livro de ICMS sem o creditamento do ICMS.

Data	NF	Auto de Infração	Julgamento
03/01/2012	475781	348,71	348,71
03/01/2012	475780	791,85	791,85
09/02/2012		1.140,56	1.140,56
25/02/2012	496330	815,99	815,99
25/02/2012	496331	308,41	308,41
25/02/2012	496336	109,88	109,88
01/02/2012	486108	507,48	507,48
01/02/2012	486109	912,72	912,72
09/03/2012		2.654,48	2.654,48
26/03/2012	509156	1.057,22	1.057,22
26/03/2012	509157	126,55	126,55
26/03/2012	509159	109,88	109,88
09/04/2012		1.293,65	1.293,65
22/05/2012		1.647,63	-
09/05/2012		1.647,63	-
02/07/2012	543840	369,26	369,26
02/07/2012	543842	1.377,00	
20/07/2012	557341	344,41	
09/08/2012		2.090,67	369,26
21/08/2012	570384	852,19	852,19
21/08/2012	570385	898,80	
09/09/2012		1.750,99	852,19
25/09/2012	587322	1.264,35	
09/10/2012		1.264,35	
23/10/2012	598567	1.420,42	
23/10/2012	598586	2.309,87	2.309,87
09/11/2012		3.730,29	2.309,87
04/12/2012	618908	1.101,95	1.101,95
04/12/2012	618910	1.980,50	
21/12/2012	624990	577,42	577,42
21/12/2012	624991	503,06	
09/01/2013		4.162,93	1.679,37
Total		19.735,55	10.299,38
		723,30	
		20.458,85	

Ante o exposto acima dou provimento parcial ao Recurso Voluntário, restando um saldo a pagar da Infração 2 no valor de R\$10.299,38.

Quanto à arguição de caráter confiscatório da multa aplicada, registro que não compete ao órgão julgador administrativo à declaração de inconstitucionalidade na legislação tributária posta.

Do exposto, dou PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206923.0024/14-7**, lavrado contra **IPIRANGA PRODUTOS DE PETRÓLEO S.A. (TEXACO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$29.520,24**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, VII, "a", da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de dezembro de 2017.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS– PRESIDENTE

PAULO SÉRGIO SENA DANTAS – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS