

PROCESSO - A. I. Nº 299904.0002/21-4
RECORRENTE - PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRÁS
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTDUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0161-02/21-VD
ORIGEM - SAT / COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 18/10/2023

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0281-11/23-VD**

EMENTA: ICMS. SUSSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO PELAS SAÍDAS. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS. A base de cálculo do imposto devido por substituição tributária será o PMPF, ou o valor da operação acrescido dos valores correspondentes a frete, seguro, tributos, contribuições e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, adicionados da MVA prevista no Anexo 1, subitem 16.1 do RICMS/BA, o que for maior. Excluída a multa aplicada, de ofício, com base no art. 100, parágrafo único do CTN. Reduzida de ofício da multa. Recurso **NÃO PROVIDO**. Auto de Infração **Procedente em Parte**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face do Acórdão nº 0161-02/21-VD proferido pela 2ª JJF deste CONSEF, julgando Procedente o Auto de Infração lavrado em 06/04/2021 no valor histórico de R\$ 14.703.021,62, abordando a seguinte infração:

***Infração 01 – 007.010.002** – Procedeu a 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. Referente às saídas com gás Liquefeito de Petróleo (GLP) conforme demonstrativo anexo e notas fiscais eletrônicas escrituradas na EFD. Referente ao período de janeiro a março, maio, julho a dezembro de 2020.*

Após instrução processual foi proferida a seguinte decisão:

VOTO

Preliminarmente verifico que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido o imposto, a multa e suas respectivas bases de cálculo, evidenciados de acordo com demonstrativos detalhados do débito e com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação infringidos. De modo que, sob o aspecto formal delineado, constato não verificar qualquer mácula que possa inquinar o feito de nulidade.

A presente demanda administrativa teve por esquepe o lançamento de crédito tributário, em vista da apuração de haver a Impugnante procedido a menos a retenção e o recolhimento do ICMS-ST, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes decorrentes das saídas de Gás Liquefeito de Petróleo - GLP para contribuintes localizados neste Estado.

A diferença de ICMS-ST exigida pela peça vestibular tem por mote a metodologia do cálculo do imposto substituído, haja vista que a Impugnante apurou o ICMS-ST retido exclusivamente considerando a Cláusula Nona do Convênio ICMS 110/2007, que disse ter apoio no ANEXO 1 DO REGULAMENTO DO ICMS vigente durante o exercício de 2019, o qual remete a apuração do ICMS-ST a partir do PMPF original aplicada nas operações internas indicadas no Ato COTEPE/PMPF. Já os Autuantes realizaram os cálculos em observância ao inciso II, do § 6º do art. 23 da Lei 7.014/96. Veja-se:

Art. 23. Para fins de substituição tributária, inclusive a título de antecipação, a base de cálculo é:

I - em relação às operações ou prestações antecedentes ou concomitantes:

a) o valor da operação, sendo esta tributada, quando o termo final do diferimento for a saída, do estabelecimento do responsável, da mercadoria ou do produto dela resultante, desde que não inferior ao valor de que cuida a alínea seguinte;

b) nas demais hipóteses, o valor da operação ou prestação praticado pelo contribuinte substituído,

incluídas todas as despesas que as tenham onerado;

II - *em relação às operações ou prestações subsequentes, a obtida pelo somatório das parcelas seguintes:*

- a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;*
- b) o montante dos valores de seguro, frete, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;*
- c) a margem de valor adicionado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subsequentes.*

§ 6º A base de cálculo do imposto a ser pago por substituição, inclusive a título de antecipação, será determinada:

I - de acordo com os critérios previstos neste artigo, relativamente ao valor acrescido, estando as mercadorias acompanhadas de documento fiscal, desde que a base de cálculo resultante não seja inferior ao preço de pauta, se houver;

Ocorre que em resposta à consulta da Impugnante sobre este tema, ocorrida em 15/02/2016 através do Parecer n.º 3434/2016, a DITRI respondeu que:

(...)

“Portanto, a substituição tributária para o produto GLP (NCM/SH 2711.19.1), aí incluído o GLP P13 (botijão doméstico de 13 kg), deve ser calculada utilizando-se o PMPF publicado no Ato COTEPE/PMPF n.º 22, de 09/11/15 (DOU de 10/11/15), durante a vigência deste Ato, ou seja, até que um posterior determine os novos valores para o PMPF, quando então passará a valer os preços publicados pelo Ato COTEPE mais recente, e assim sucessivamente”.

Contudo, o parecer acima de n.º 3434/2016 fora retificado em 29/03/2016 pelo Parecer DITRI/GECOT N.º 7619/2016, que desta feita orienta no sentido de que a base de cálculo da substituição tributária do GLP deve ser apurada pelo PMPF ou MVA, sendo que dentre estes o que for maior. Veja-se:

(...)

“Entretanto, após nova análise da matéria por parte desta Diretoria de Tributação, foi verificada a necessidade de REFORMA do referido Parecer, para firmar o novo entendimento de que nas operações com GLP (NCM/SH 2711.19.1), aí incluído o GLP P13 (botijão doméstico de 13 kg), o imposto devido por substituição tributária deve ser calculado observando a disciplina contida no art. 23, inciso II, da Lei n.º 7.014/96, c/c o § 6º, inciso I, do mesmo dispositivo legal, a saber:

“Art. 23. Para fins de substituição tributária, inclusive a título de antecipação, a base de cálculo é:

...

II - em relação às operações ou prestações subsequentes, a obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

- a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;*
- b) o montante dos valores de seguro, frete, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;*
- c) a margem de valor adicionado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subsequentes.”*

§ 6º A base de cálculo do imposto a ser pago por substituição, inclusive a título de antecipação, será determinada:

I - de acordo com os critérios previstos neste artigo, relativamente ao valor acrescido, estando as mercadorias acompanhadas de documento fiscal, desde que a base de cálculo resultante não seja inferior ao preço de pauta, se houver;

*“Diante do exposto, e considerando os dispositivos legais acima transcritos, informamos que nas operações com GLP e GLP P13 (botijão doméstico de 13 kg), a base de cálculo do imposto devido por substituição tributária **será o PMPF** (Preço Médio Ponderado a Consumidor Final), **ou o** valor da operação acrescido dos valores correspondentes a frete, seguro, tributos, contribuições e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, adicionados da **MVA** prevista no Anexo 1, subitem 16.1 do RICMS/BA, **o que for maior**. Grifei.*

Ressalte-se, por fim, que de acordo com o disposto no artigo 65 do RPAF/Ba (Dec. n.º 7.629/99), a Consulente fica eximida de qualquer penalidade relativamente ao período em que agiu em observância ao entendimento anterior, o qual perderá a eficácia após 20 dias da ciência do novo posicionamento desta Diretoria de Tributação”.

De maneira que, restou confirmado que a metodologia adotada pelos Auditores em privilegiar o cálculo da substituição tributária em tela optando pelo resultado de maior expressão monetária entre os resultantes da aplicação das metodologias com base no MVA e o PMPF, foi acertada por estar de acordo com a legislação do ICMS alinhada acima, bem como confirmou o entendimento da administração tributária da SEFAZ, ex vi do Parecer DITRI/GECOT N.º 7619/2016. Com os quais me alinho.

*Destarte, voto pela procedência do presente Auto de Infração mantendo o valor original de **R\$ 14.703.021,62**.*

O(a) contribuinte interpôs Recurso Voluntário pelas razões a seguir sintetizadas.

Inicialmente, explica que o PMPF e a MVA são alguns dos parâmetros fixados pela LC 87/96 que podem ser adotados para a definição da base de cálculo do ICMS-ST, e que cada Estado pode escolher um outro critério, devendo o contribuinte observar primeiro o Ato COTEPE com divulgação do PMPF e, caso não possua informação, observar o Ato COTEPE com divulgação do MVA para fins de cálculo do ICMS-ST, procedimento estabelecido pela cláusula nona do Convênio ICMS 110/2007, que estabelece um mecanismo de cálculo do ICMS-ST utilizando o PMPF em substituição ao critério da cláusula oitava, que observa o MVA.

Aponta que durante o exercício autuado o Anexo I do RICMS/BA elencou a NCM 2711.191 (GLP) no item 6.11, através dos oito subitens 06.011.00 a 06.011.07, todas indicando como margem de valor agregado nas operações internas aquelas indicadas no Ato COTEPE/PMPF.

Sustenta que a norma estadual vigente desde 2019 prevê a utilização do PMPF nas operações internas de circulação do GLP e não a MVA, de modo que deve ser considerada insubsistente a infração 01 já que os autuantes indevidamente descumpriram a norma prevista no RICMS, adotando para cálculo da diferença o MVA, por ser um critério que resulta na maior carga tributária.

Destaca que as notas fiscais listadas se referem ao período de janeiro/2020 a dezembro/2020, tendo a PETROBRÁS calculado o ICMS-ST utilizando o PMPF como critério, com base nos respectivos Atos COTEPE, de modo que não tem respaldo legal a exigência de supostas diferenças entre a aplicação do MVA ou PMPF.

Ressalta que o GLP é vendido para distribuidoras que diferencia o uso doméstico (GLP13) para o de uso industrial (GLP), contudo, os Atos COTEPE PMPF do período autuado somente os diferenciaram nos meses de janeiro/2020 e fevereiro/2020. Reitera que os Estados têm a faculdade de escolher entre a MVA ou o PMPF e que há previsão na legislação estadual para uso do PMPF, devendo ser este critério que o contribuinte deve observar.

Defende que a adoção unilateral de método de fixação de base de cálculo em dissonância com o RICMS/BA e com o Convênio ICMS 110/2007 viola as regras constitucionais da legalidade e da anterioridade indicando que o STF ao interpretar o art. 150, § 7º da CF, mesmo após superar o entendimento manifestado na ADI 1851, continuar a afirmar o caráter de fato gerador presumido da substituição tributária progressiva.

Sustenta que essa adoção unilateral de critério de fixação de base de cálculo também viola os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, impossibilitando a fixação e parametrização de um critério pela recorrente no cálculo da substituição, a obrigando a retificar ou complementar milhares de notas fiscais, notadamente pela maior volatilidade dos preços do GLP.

Conclui requerendo o provimento do recurso para julgar insubsistente o Auto de Infração em discussão.

Em seguida, os autos foram distribuídos a este relator para apreciação.

Posteriormente, o processo foi pautado para a sessão de julgamento do dia 25/09/2023. Compareceu o autuante e o representante legal da recorrente, Dr. José Marcondes Servulo da Nobrega Junior, OAB/SE 3.817.

VOTO VENCIDO

Não havendo preliminares e/ou questões prejudiciais, aprecio diretamente o mérito.

A discussão travada nesses autos diz respeito à correta base de cálculo da substituição tributária nas operações com GLP na época dos fatos geradores, defendendo a recorrente a sua apuração com o MVA, com base no que dispõe o RICMS/BA então vigente. A matéria foi recentemente apreciada por esta Câmara, contando inclusive com parecer da PGE/PROFIS, no [córdão CJF nº 0215-11/23-VD].

Naquela oportunidade, acompanhei o voto da I. Cons^o Valdirene Pinto Lima, o qual transcrevo abaixo:

“[...] Avançando no mérito, o cerne da questão está em se definir, a luz da legislação vigente há época dos fatos geradores, no caso 2019, qual seria a base de cálculo da substituição tributária nas operações com GLP – Gás Liquefeito de Petróleo, se resultante da aplicação da MVA ou o PMPF, ou ainda do valor que for maior entre os dois em cada operação.

O Regulamento do ICMS Estado da Bahia, internalizou o Convênio 110/2007 através do Art. 289, § 6º, e não fez qualquer restrição quanto à sua aplicação, se na operação interna ou interestadual, ou seja, vale para toda e qualquer operação, que volto a transcrever:

***Art. 289.** Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo I deste regulamento.*

(...)

***§ 6º** Os contribuintes que realizarem operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, e com os demais produtos tratados no Convênio ICMS 110/07, deverão cumprir as obrigações principais e acessórias previstas no referido convênio. (grifos acrescidos)*

De tal forma, neste ponto, me permito discordar do Parecer emitido pela DITRI, a pedido da PGE/PROFIS, fls. 243, quando disse que: “...Não há o que se falar, portanto, em aplicabilidade das normas estabelecidas no Conv. ICMS 110/07, visto que o referido acordo interestadual alcança apenas operações com combustíveis e lubrificantes efetuadas entre unidades federadas diversas.”(grifos), tendo em vista que tal afirmação não procede, conforme disposto no § 6º do Art. 289, acima transcrito.

Assim sendo, para os produtos sujeitos a Substituição Tributária, constantes do ANEXO I do RICMS, como é o caso do GLP – Gás Liquefeito, no item 6.11.0 a 6.11.7, deverão cumprir as obrigações principais e acessórias do Convênio 110/2007.

*Ora, ao se analisar o ANEXO I, do RICMS, mais precisamente no item 6.11.0 – Gás Liquefeito de petróleo em botijão de 13Kg(GLP), tem-se que, nas operações internas, a coluna MVA original aplicada nas operações internas são: **AS INDICADAS NO ATO COTEPE/PMPF**, prevista na Cláusula Nona do Convênio ICMS 110/2007.*

ITEM	CEST	NCM/SH	DESCRIÇÃO	Acordo Interestadual/Estados signatários	MVA ajustada aplicada nas aquisições interestaduais	MVA original aplicada nas operações internas
6.11.0	06.011.00	2711.19.1	Gás liquefeito de petróleo em botijão de 13 Kg (GLP)			Conv. ICMS 110/07
6.11.1	06.011.01	2711.19.1	Gás liquefeito de petróleo (GLP), exceto em botijão de 13 Kg			Conv. ICMS 110/07
6.11.2	06.011.02	2711.19.1	Gás liquefeito de petróleo em botijão de 13 Kg (GLGNn)			Conv. ICMS 110/07
6.11.3	06.011.03	2711.19.1	Gás liquefeito de petróleo (GLGNn), exceto em botijão de 13 Kg			Conv. ICMS 110/07
6.11.4	06.011.04	2711.19.1	Gás liquefeito de petróleo em botijão de 13 Kg (GLGNi)			Conv. ICMS 110/07
			Gás liquefeito de petróleo (GLGNi), exceto em botijão			

Já neste ponto, volto a discordar do Parecer emitido pela DITRI, fls. 243, já mencionado, pois vejamos a afirmação feita:

*Finalmente, ao contrário da alegação da Autuada de que o item 6.11 do Anexo I do RICMS/Ba(vigente à época da autuação) estabelecia a aplicação da PMPF nas operações internas com GLP(NCM 2711.19.1), ressaltamos que a expressão “As indicadas no Ato COTEPE/PMPF” constante no item referido, está inserida no Anexo I do RICMS na coluna “MVA original aplicada nas operações internas” e **deve ser necessariamente interpretada de***

forma conjunta, ou seja, tratando-se de operações com GLP realizadas em território baiano e sujeita ao regime de substituição tributária, o contribuinte deve observar a MVA original indicada no Ato COTEPE para as operações internas e após confrontava com o PMPF (valor de pauta) também estabelecido em Ato COTEPE, considerar o que for maior para fins de recolhimento do imposto.”(grifos)

Ora, tal afirmação não tem qualquer respaldo legal, pois quando o Regulamento do ICMS determina o uso da MVA prevista na Cláusula Oitava do Convênio ICMS nº 110/2007, ele o faz explicitamente, citando “As indicadas no Ato COTEPE 42/13”. Como é o caso dos óleos combustíveis e óleos lubrificantes, itens 6.6.9 a 6.7 do Anexo I, vejamos:

ITEM	CEST	NCM/SH	DESCRIÇÃO	Acordo Interestadual/Estados signatários	MVA ajustada aplicada nas aquisições interestaduais	MVA original aplicada nas operações internas
						maior
6.6.9	06.006.09	2710.19.2	Outros óleos combustíveis, exceto os classificados no CEST 06.006.10 e 06.006.11	Conv. ICMS 110/07 – Todos	As indicadas no Ato COTEPE 42/13	As indicadas no Ato COTEPE 42/13
6.6.10	06.006.10	2710.19.2	Óleo combustível derivado de xisto	Conv. ICMS 110/07 – Todos	As indicadas no Ato COTEPE 42/13	As indicadas no Ato COTEPE 42/13
6.6.11	06.006.11	2710.19.22	Óleo combustível pesado	Conv. ICMS 110/07 – Todos	As indicadas no Ato COTEPE 42/13	As indicadas no Ato COTEPE 42/13
6.7	06.007.00	2710.19.3	Óleos lubrificantes	Conv. ICMS 110/07 – Todos	As indicadas no Ato COTEPE 42/13	As indicadas no Ato COTEPE 42/13

Já quando o Regulamento do ICMS determina o uso de “MVA ou PMPF, o que for maior”, ele também o faz de modo explícito, citando “As indicadas no Ato COTEPE 42/13 ou o PMPF, o que for maior”. É o que ocorre, por exemplo, com o óleo diesel, nos termos dos itens 6.6.0 a 6.6.8 do mesmo Anexo I, como vemos abaixo:

6.6.0	06.006.00	2710.19.2	Óleo diesel A, exceto S10 e Marítimo	Conv. ICMS 110/07 – Todos	As indicadas no Ato COTEPE 42/13 ou o PMPF, o que for maior	As indicadas no Ato COTEPE 42/13 ou o PMPF, o que for maior
6.6.1	06.006.01	2710.19.2	Óleo diesel B, exceto S10 (mistura obrigatória)	Conv. ICMS 110/07 – Todos	As indicadas no Ato COTEPE 42/13 ou o PMPF, o que for maior	As indicadas no Ato COTEPE 42/13 ou o PMPF, o que for maior
6.6.2	06.006.02	2710.19.2	Óleo diesel B, exceto S10 (misturas autorizativas)	Conv. ICMS 110/07 – Todos	As indicadas no Ato COTEPE 42/13 ou o PMPF, o que for maior	As indicadas no Ato COTEPE 42/13 ou o PMPF, o que for maior
6.6.3	06.006.03	2710.19.2	Óleo diesel B, exceto S10 (misturas experimentais)	Conv. ICMS 110/07 – Todos	As indicadas no Ato COTEPE 42/13 ou o PMPF, o que for maior	As indicadas no Ato COTEPE 42/13 ou o PMPF, o que for maior
6.6.4	06.006.04	2710.19.2	Óleo diesel A S10	Conv. ICMS 110/07 – Todos	As indicadas no Ato COTEPE 42/13 ou o PMPF, o que for maior	As indicadas no Ato COTEPE 42/13 ou o PMPF, o que for maior
6.6.5	06.006.05	2710.19.2	Óleo diesel B S10 (mistura obrigatória)	Conv. ICMS 110/07 – Todos	As indicadas no Ato COTEPE 42/13 ou o PMPF, o que for maior	As indicadas no Ato COTEPE 42/13 ou o PMPF, o que for maior
6.6.6	06.006.06	2710.19.2	Óleo diesel B S10 (misturas autorizativas)	Conv. ICMS 110/07 – Todos	As indicadas no Ato COTEPE 42/13 ou o PMPF, o que for maior	As indicadas no Ato COTEPE 42/13 ou o PMPF, o que for maior
6.6.7	06.006.07	2710.19.2	Óleo diesel B S10 (misturas experimentais)	Conv. ICMS 110/07 – Todos	As indicadas no Ato COTEPE 42/13 ou o PMPF, o que for maior	As indicadas no Ato COTEPE 42/13 ou o PMPF, o que for maior

Já quando trata de Gasolina de aviação, 6.3, e Querosenes, 6.4, indica especificamente o percentual da MVA a ser aplicada.

ITEM	CEST	NCM/SH	DESCRIÇÃO	Acordo Interestadual/Estados signatários	MVA ajustada aplicada nas aquisições interestaduais	MVA original aplicada nas operações internas
------	------	--------	-----------	--	---	--

6.3	06.003.00	2710.12.51	Gasolina de aviação	Conv. ICMS 110/07 – Todos	58,54%	30%
6.4	06.004.00	2710.19.19	Querosenes, exceto de aviação	Conv. ICMS 110/07 – Todos	58,54%	30%

Entretanto, quando trata do GLP, o Anexo I do Regulamento do ICMS estabelece “As indicadas no Ato COTEPE/PMPPF”, não cabendo portanto a dita afirmação de que a mesma “...deve ser necessariamente interpretada de forma conjunta, ou seja, tratando-se de operações com GLP realizadas em território baiano e sujeita ao regime de substituição tributária, o contribuinte deve observar a MVA original indicada no Ato COTEPE para as operações internas e a pois confrontava com o PMPPF(valor de pauta)...”.

Registre-se que o Ato COTEPE/PMPPF e Ato COTEPE/MVA, são duas normas totalmente distintas, sendo as de nºs 01/2019 e a 42/2013, vigentes há época, respectivamente.

De tal sorte, o Anexo I do RICMS/BA é claro e cristalino ao estabelecer o PMPPF como base de cálculo do GLP. Tendo a recorrente observado adequadamente os valores divulgados pelo órgão competente no período alcançado pela autuação, entendo que a insubsistência da infração deve ser reconhecida.

De todo o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Recurso Voluntário, julgando IMPROCEDENTE o auto de infração.”

Me alinho a este posicionamento, entendendo que a própria legislação do Estado da Bahia determinava que a recorrente observasse à época o Ato COTEPE/PMPPF, sendo esta a base de cálculo adotada para as operações. Penso que atenta contra a segurança jurídica pretender que a recorrente agora recolha diferenças acrescidas de multas e encargos com base no entendimento de que a base correta a ser adotada era outra diversa daquela que o próprio regulamento indicava.

Por este motivo, DOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para julgar insubsistente a autuação.

VOTO VENCEDOR

Peço vênia ao nobre relator, para apresentar entendimento divergente, nos termos em que segue.

A questão, como se vê, resume-se à definição do critério a ser adotado para apuração da base de cálculo nas operações de saída de GLP, entendendo a empresa que se deve utilizar a PMPPF, ao invés da MVA, enquanto que a fiscalização defende que se deve formar a base de cálculo com o maior valor dos dois.

Consultemos, então, a norma contida no art. 23, inciso II, combinada com o seu § 6º (redação vigente), abaixo reproduzidos.

“Art. 23. Para fins de substituição tributária, inclusive a título de antecipação, a base de cálculo é:

(...)

II - em relação às operações ou prestações subsequentes, a obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

- a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;*
- b) o montante dos valores de seguro, frete, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;*
- c) a margem de valor adicionado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subsequentes.*

(...)

§ 4º A margem a que se refere a alínea “c” do inciso II do caput será estabelecida em regulamento, com base nos seguintes critérios:

I - levantamentos, ainda que por amostragem, dos preços usualmente praticados pelo substituído final no mercado considerado, neste Estado;

II - informações e outros elementos, quando necessários, obtidos junto a entidades representativas dos respectivos setores;

III - adoção da média ponderada dos preços coletados.

(...)

§ 6º A base de cálculo do imposto a ser pago por substituição, inclusive a título de antecipação, não poderá ser inferior à média de preços usualmente praticados no mercado cujos valores tenham sido divulgados por ato da Secretaria da Fazenda, observados os critérios definidos no § 4º deste artigo

(...)"

Como se pode depreender, a partir da leitura do texto legal, o uso da PMPF somente se legitima quando o valor apurado resulte superior àquele calculado de acordo com a MVA, divulgada pela SEFAZ/BA.

Ademais, trata-se de operações internas de saída, hipótese que se encontra cabalmente regulada pela Lei nº 7.014/96, sem alcance das normas conveniais.

Assim, em que pese a regra contida no § 4º do art. 23 tenha disposto que *"a margem a que se refere a alínea "c" do inciso II do caput será estabelecida em regulamento, ..."*, como alega o Sujeito Passivo, a aplicação desse critério não pode resultar num montante de imposto inferior àquele apurado com base na MVA, pois tal conduta implicaria em violação ao quanto disposto no § 6º já citado.

Este também é o entendimento da DITRI, conforme orientação contida no Parecer nº 7619/2016.

Assim, entendo que não merece reparo a Decisão recorrida que fica mantida neste ponto.

Todavia, embora a normatização legal seja suficiente à definição da conduta adequada no presente caso, é forçoso reconhecer que a proliferação de regras esparsas, no RICMS/12, em seu Anexo 01, induziu o Sujeito Passivo a erro, pois dispôs sobre conduta contrariamente ao que dispunha o texto legal.

Nesse sentido, excludo a multa de ofício aplicada (de 60%), com base no que prevê o art. 100 do CTN, parágrafo único, abaixo transcrito.

"Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

I - os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;

...

Parágrafo único. A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo."

Do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, ao tempo em que excludo, de ofício, a multa aplicada, com base no art. 100, parágrafo único do CTN.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 299904.0002/21-4, lavrado contra a empresa **PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRÁS**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 14.703.021,62**, sem incidência da multa aplicada de 60%, prevista no art. 42, II, "e" da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, conforme o art. 100, parágrafo único do CTN.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Luiz Alberto Amaral de Oliveira, Ildemar José Landin, Erick Vasconcelos Tadeu Santana e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO – Conselheiros: Anderson Ítalo Pereira e Valdirene Pinto Lima.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 25 de setembro de 2023.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ANDERSON ÍTALO PEREIRA – RELATOR/VOTO VENCIDO

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - VOTO VENCEDOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS

