

PROCESSO - A. I. Nº 269200.0016/03-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e SHELL BRASIL LTDA.
RECORRIDOS - SHELL BRASIL LTDA. FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0070-04/05
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 01/09/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0284-11/05

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDA DE ÓLEO DIESEL DO ESTABELECIMENTO DISTRIBUIDOR. RETENÇÃO DO IMPOSTO A MENOS. A lei atribui ao industrial e distribuidor de produtos combustíveis e lubrificantes a condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado, bem como o imposto relativo aos serviços prestados, sendo que a retenção deve ser feita com base no preço bomba da cidade para onde o produto foi transportado. Infração caracterizada em parte, tendo em vista a realização de diligência fiscal que possibilitou a redução do valor do débito autuado. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** REFERENTE A CRÉDITO PRESUMIDO NAS OPERAÇÕES DE VENDAS DE ÁLCOOL ETÍLICO HIDRATADO EM VALOR SUPERIOR AO PERMITIDO. Restou comprovado que se tratava de crédito fiscal apropriado a menos no período anterior. Infração elidida. **b)** REFERENTE A SERVIÇO DE TRANSPORTE INTERESTADUAL A PREÇO CIF. Nas operações com combustíveis, sendo estas internas, por serem tributadas, constitui direito ao crédito fiscal o ICMS incidente sobre o serviço de transporte nas entradas a preço FOB e nas saídas a preço CIF, e sendo as operações interestaduais, tanto a preço CIF como a preço FOB, o crédito fiscal sobre o serviço de transporte será lançado pelo estabelecimento destinatário das mercadorias. Infração caracterizada. **c)** FALTA DE APRESENTAÇÃO DO COMPETENTE DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DO DIREITO AO REFERIDO CRÉDITO. Modificada a Decisão recorrida. O autuado comprova a legalidade do crédito em questão. Infração insubsistente. Rejeitada a preliminar de decadência. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário relativos ao Auto de Infração acima, lavrado em 17/12/03, exigindo ICMS, no valor de R\$90.761,57, mais multa de 60%, correspondente às seguintes infrações:

1. Não retenção do ICMS e o conseqüente não recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas de combustíveis e lubrificantes efetuadas para contribuintes localizados neste Estado. Recolheu a menor, conseqüentemente, o ICMS substituição tributária, particularmente nas saídas internas de óleo diesel aplicando valores de pauta fiscal a menor conforme cidade de destino do produto – R\$43.972,02;
2. Utilização de crédito fiscal presumido de ICMS em valor superior ao permitido na legislação, em operações de venda de álcool etílico hidratado combustível, segundo disposto no art. 515, inciso III, do RICMS/BA (à época ainda vigente) - R\$6.638,22;
3. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a serviço de transporte interestadual ou intermunicipal não vinculado a operação com mercadoria(s) com saída(s) subseqüente(s) tributadas. O Contribuinte creditou-se de ICMS nas suas vendas CIF (assumindo o encargo do serviço de frete) para destinatários situados em outras Unidades da Federação. A Empresa é distribuidora de produtos derivados de petróleo, sendo que estes, quando sujeitos a operações interestaduais, não sofrem incidência do ICMS por estarem amparados por imunidade constitucional – R\$9.455,60;
4. Utilização de crédito de ICMS no exercício de 1999, no campo – OUTROS CRÉDITOS – nas DMAS, sem comprovar a origem dos mesmos. Não tendo apresentado o livro Registro de Apuração do ICMS daquele exercício, foi intimada a comprovar os créditos destacados nas DMAS, não chegando a fiscalização resposta do Contribuinte explicando a origem destes créditos” – R\$30.695,73.

Através seus advogados, o recorrente apresenta impugnação, às fls. 75 a 98, declinando que deve ser declarado extinto o crédito tributário exigido, por decadência do mesmo. Toma como base para seu entendimento o disposto no art. 150, §4º, CTN, dizendo que o ICMS é um imposto sujeito ao lançamento por homologação, e dessa forma, considera ilegal o disposto no art. 90, do RICMS/BA.

Contesta as Infrações lançadas e solicita a realização de perícia para todas.

Na informação fiscal (fls. 592 a 597), o agente autuante se manifesta em relação à preliminar de decadência, e indica que os artigos 90 e 965, I do RICMS/BA, dão à Fazenda Pública Estadual o prazo de cinco anos para constituir o crédito tributário, a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Cita, ainda, o § 4º, primeira parte, do art. 150 do CTN, ressaltando que numa interpretação literal desse dispositivo, a homologação tácita somente contar-se-á da data da ocorrência do fato gerador, apenas e tão somente, em não havendo lei fixando prazo diverso. Acrescenta que o art. 28, §1º, do COTEB, define claramente o prazo para a homologação tácita do lançamento efetuado pelo contribuinte do ICMS, autorizado que foi pelo próprio CTN.

A informação fiscal ainda com relação à infração 1, diz que acata as alegações apresentadas pelo recorrente quanto ao imposto devido. Informa da revisão dos cálculos, e elaboração de novas planilhas, com novo demonstrativo de débito, reduzindo o valor exigido para R\$ 8.957,46. Quanto aos DAEs apresentados, referentes ao recolhimento do ICMS-ST pelas vendas internas de álcool hidratado e óleo diesel (meses de outubro a dezembro de 1998 e janeiro de 1999) diz que os mesmos não foram apresentados no decorrer da ação fiscal, e não aparecem no sistema de informações do contribuinte - INC - da Secretaria da Fazenda, em virtude dos recolhimentos terem sido realizados em nome de outro estabelecimento, e que no campo 03 - "INSCRIÇÃO ESTADUAL" - dos referidos documentos de arrecadação, consta a Inscrição Estadual nº 00.359.832, e não a nº 10.305.209, correspondente à empresa recorrente. Esclarece que compete ao contribuinte a iniciativa de solicitar sua retificação, sujeitando-se à diligência por parte da fiscalização estadual para verificação da regularidade. Ressalta, assim, que tais recolhimentos

não puderam ser considerados a favor do estabelecimento, e ao final acata parte dos argumentos defensivos referentes à infração 1 e pede a manutenção integral das demais exigências.

Ainda com respeito a essa Infração 1 mantém a exigência, deixando a cargo do CONSEF a aceitação ou não dos DAEs que o recorrente pediu retificação dizendo que logo os juntaria aos Autos, assim que fossem deferidos.

Com relação à infração 2, aduz ter constatado a regularidade da operação, portanto, afastando a exigibilidade da mesma.

Quanto à infração 3, confirma e ratifica sua contestação inicial, mantendo a exigência.

Com referência à infração 4 expõe a seguintes informações:

- janeiro/99: reconhece a legalidade dos créditos nos valores de R\$ 15.113,92 e R\$ 1.386,17. No entanto, mantém a exigência do montante de R\$ 384,57, dizendo que, embora o autuado tenha anexado ao processo os respectivos conhecimentos do frete, não há dados referentes ao pagamento dos mesmos;
- fevereiro/99: mantém a exigência dizendo que, embora o autuado tenha anexado ao processo os respectivos conhecimentos do frete, não há dados referentes ao pagamento dos mesmos;
- março/99: mantém a exigência dizendo que o autuado não traz documentos que embasem a sua afirmação;
- maio/99: mantém a exigência, dizendo que apesar de constar o recolhimento referente à substituição tributária do serviço de frete, não há comprovação se trata-se de operação interna ou interestadual;
- junho/99: mantém a exigência com base na mesma argumentação acima.

E, acatando parte das alegações relativas às infrações 1, 2 e 4, apresenta novo demonstrativo de débito à fl. 795 e pede a procedência parcial do Auto de Infração.

O recorrente novamente se manifesta às fls. 802 a 813, inicialmente ratificando seu pleito quanto à decadência do crédito tributário.

No que diz respeito à infração 1, anexa aos autos pedido de retificação de DAEs perante a SEFAZ, solicitando que os respectivos recolhimentos sejam reconhecidos.

Quanto à infração 3, ratifica suas manifestações anteriores, em relação à não incidência do ICMS nas operações em lide.

Em relação à infração 4, contesta a manutenção do débito no valor de R\$384,57 (janeiro/99) e de R\$15,34 (fevereiro/99), dizendo que já anexou os comprovantes de recolhimento. No que diz respeito a março/99 ratifica sua afirmação de que o valor é relativo ao aproveitamento de crédito presumido referente ao estoque de álcool hidratado em janeiro/99, efetuado em razão da revogação do aproveitamento desses créditos a partir de 01/02/99. Quanto aos meses de maio e junho/99, anexa DAE's visando a comprovar sua alegação de que os valores questionados referem-se aos serviços de frete tomados.

O agente autuante, às fls. 825 a 827, diz que o recorrente não acrescentou nada nesta última defesa, comenta que os DAEs relativos à infração 4, por si só não comprovam se as operações foram internas ou interestaduais, e mantém os termos de sua última informação fiscal.

O relator da 3ª JF converteu o presente PAF em diligência à ASTEC/CONSEF, a fim de que fiscal estranho ao feito efetuasse as seguintes verificações, em relação às infrações 1 e 4:

1. Em relação à infração 1, conforme indicação do autuante em sua informação fiscal à fl. 595, atestasse se efetivamente foram efetuadas as retificações dos Documentos de Arrecadação

Estadual (DAEs), mencionados nos documentos às fls. 815 e 816, para a Inscrição Estadual nº 10.305.209, pertencente ao autuado, inclusive obtendo informação da Gerência de Arrecadação Tributária – GEARC.

Confirmasse, ainda, se com as referidas retificações, o contribuinte com Inscrição Estadual nº 00.359.832 não ficará descoberto dos referidos recolhimentos.

2. Em relação à infração 4, verificasse se as alegações defensivas às fls. 809 a 812 estão suportadas por documentação que pudesse efetivamente elidir a exigência em questão.
3. Elaborasse novo demonstrativo de débito para as infrações acima mencionadas, caso pertinente.

O fiscal diligente emitiu o Parecer ASTEC nº 0239/2004 (fls. 834 a 837), prestando as seguintes informações:

[...]

“constatamos que é factível inferir-se a procedência das alegações do autuado, com relação aos meses de janeiro, fevereiro, maio e junho de 1999, com base nas notas fiscais de saídas de operações internas de produto derivado de petróleo e álcool anidro e hidratado, além de operações para Pernambuco de produtos derivados de petróleo e de álcool anidro e hidratado, onde constam a indicação da transportadora que emitiu as CTC’S, que deram origem aos DAE’S, objeto da infração 4, planilha anexa. Por isto, excluímos do novo demonstrativo de débito os itens referentes aos DAE’S objeto da infração.

Entretanto, com relação ao mês de março (infração – 4), o valor de R\$ 13.505,22, decorrente do aproveitamento do crédito presumido, relativo ao estoque de álcool carburante, o autuado apresentou a cópia de uma solicitação dos livros fiscais que não foram devolvidos por preposto da fiscalização estadual, entregue a Diretoria de Administração Tributária da Região Norte, datada de 23/08/04, sem indicativo algum de recepção do documento pela repartição fiscal. Os livros extraviados de Registro de Apuração de ICMS de 1998 a 2003, segundo o autuado, comprovaria a origem detalhada do cálculo do crédito presumido em questão, que com este impedimento, somente apresentou um documento de seu controle interno, fls. 164 e 165.

Com respeito aos recolhimentos de ICMS-ST, nos meses de Out/98, Nov/98, Dez/98 e Jan/99, cujos DAE’S, segundo o autuado foram preenchidos com o número de inscrição estadual trocado, procedemos à pesquisa no sistema de arrecadação e constatamos, conforme hardcopies anexadas aos autos, que já foi processada o estorno para a inscrição do autuado. Consulta realizada junto à gerência, também revelou que o estorno realizado não deixou descoberto o outro contribuinte da inscrição nº 359.832, por se tratar recolhimento de ICMS - Substituição Tributária, e não, de conta corrente do ICMS normal.

Com base nas correções e ajustes supra enunciados, o novo demonstrativo de débito das infrações 1 e 4, foi elaborado considerando o demonstrativo de débito à fl. 795, pelo autuante em sua informação fiscal, as ocorrências nºs 10, 11, 12 e 13 foram deduzidas dos valores, cujos DAEs foram estornados da inscrição preenchida por equívoco, remanescendo os valores recolhidos a menor, e, as de nºs 26, 27, 29 e 30 foram zeradas, por entender como procedentes as alegações do autuado.

Já a ocorrência nº 28, apesar de plausível a justificativa, e não restar definitivamente comprovada pelo autuado, por ter sua documentação fiscal extraviada, na forma supra enunciada, embora incluída no demonstrativo de débito, deixamos a critério do relator a Decisão do acolhimento ou não dos argumentos apresentados pelo autuado”.

O recorrente, ciente da diligência realizada, apresentou manifestação às fls. 896 a 899, concordando com a posição do diligente no que diz respeito à infração 1.

No que diz respeito à infração 4, também concorda com as constatações do diligente, fazendo uma ressalva apenas no que diz respeito à ocorrência de março/99, que exige imposto no valor de R\$13.505,99. Diz que o fiscal estranho ao feito informou que não obteve comprovação documental por parte do autuado que alegou extravio de documentos; argumenta que o recebimento do documento do impugnante efetuado na SEFAZ, por assinatura simples, sem aposição de carimbo, não pode prejudicá-lo. Afirma que diligenciou no sentido de informar o extravio dos livros fiscais e requereu sua localização. Requer que a funcionária da SEFAZ que assinou o referido documento seja intimada para confirmar o seu recebimento. Ao final, solicita que o valor em questão seja excluído da autuação.

A ilustre 4ª JJF em relação às Infrações e impugnações arroladas neste PAF manifestou-se por não acatar a preliminar de decadência suscitada, pois embora o parágrafo 4º, art. 150 do CTN estabeleça que o prazo deva ser contado a partir da ocorrência do fato gerador, a doutrina tem entendido que o prazo está relacionado com o imposto efetivamente antecipado pelo contribuinte, o qual decorrido o período previsto legalmente serão aceitos pelo sujeito ativo da relação tributária.

Quando o fisco atua no sentido de recuperar tributos devidos mediante lançamento de ofício (Auto de Infração) o prazo para início da decadência será aquele expresso no art. 173 inc. I do CTN, estabelece *“O direito de a Fazenda Pública constituir créditos Tributários, extingue-se 5 (cinco) anos após, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (e não o foi) pelo sujeito passivo”*.

Estes fatos geradores ocorreram nos exercícios de 1998 e 1999, e o prazo para constituição do crédito Tributário se extinguiria no dia 31/12/2003, com a lavratura do Auto de Infração em 17/12/2003, não chegando a ser configurada a reiterada decadência

Com relação à infração 1, após estornos que não deixaram descoberto outro contribuinte, e considerando, portanto os DAEs da inscrição indicada por equívoco, o diligente elaborou novo demonstrativo de débito a fl. 837, reduzindo o lançamento para R\$46,54 com que concorda a ilustre JJF, assim como o autuado.

À infração 2, comprovou o autuado mediante exibição de notas fiscais, que a diferença apropriada a menos em dezembro de 1997 fora considerada em janeiro de 1998, ficando assim excluída esta Infração, inclusive acatado pelo autuante.

Na Infração nº 3, destacam que reiteradas manifestações do CONSEF acerca das operações de transportes interestaduais e intermunicipais, tanto FOB como CIF, o entendimento prevalecente e de que o Estado destinatário deva arcar com o ônus do ICMS, pois as operações com combustíveis por serem tributáveis constituem crédito deste imposto. E citam os Acórdão CJF nº 0439-11/02, 0218-11/02, julgando a Infração subsistente.

A Infração nº 4, teve dos nobres julgadores a seguinte depuração:

- a) Janeiro/99, fevereiro/99, maio/99 e junho/99: é factível, conforme opinativo do diligente, admitir-se as alegações do contribuinte, tendo por base as notas fiscais de saídas internas dos produtos derivado de petróleo e do álcool anidro e hidratado, além das operações para Pernambuco onde restaram indicadas as transportadoras que emitiram os CTRCS que geraram os DAEs desta Infração;
- b) Março/99: entendem pela manutenção desta exigência, por não haver qualquer prova indicativa da recepção dos documentos pela repartição fiscal.

Finalizam concordando com o demonstrativo dos débitos elaborado pelo diligente, a fl. 837 para as Infrações nº 1 e nº 4 e o demonstrativo a fl. 2 para Infração nº 3.

No Recurso Voluntário apresentado por advogados prepostos do recorrente, se insurgem contra as seguintes situações:

- a) Infração 3 referente à utilização de crédito ICMS em serviços de transporte. Requerem seja julgada improcedente a infração com relação a este item, reconhecendo-se o direito do recorrente de aproveitamento de crédito do ICMS na prestação de serviços de cargas;
- b) Infração 4 referente à utilização de créditos do ICMS no mês de março de 1999, no campo outros créditos sem a comprovação da origem; destacam que no Parecer ASTEC nº 0239/2004, ao abordar a ocorrência nº 28, diz ter ficado patente a justificativa do recorrente, deixando a cargo deste CONSEF o acolhimento ou não dos argumentos apresentados.

Trazem à baila, por outra vez mais, a arguição a decadência.

O Parecer PGE/PROFIS sumariza as intercorrências havidas na evolução deste PAF durante sua composição, destacando:

- a) Impugnação tempestiva a todos os itens do Auto de Infração (fls. 75 a 98);
- b) Irresignado o recorrente renovou quase totalmente o arrazoado defensivo, anexando documentos pertinentes às alegações;
- c) Depurada a presente Autuação, restaram: 1) Decadência; 2) Utilização indevida de crédito em serviço de transporte interestadual e intermunicipal; 3) não exibição de crédito do ICMS utilizado pelo contribuinte; 4) Retenção a menos do imposto por erro na base de cálculo praticado pelo recorrente. A Decisão do CONSEF, fls. 907 e 918 restaram mantidos os itens 1 e 2 acima, sendo elididas em parte as autuações dos demais itens.

O opinativo da PGE/PROFIS quanto às questões controversas, no caso da aludida decadência e de que não há como se aceder a tese da defesa do recorrente; no caso da utilização de crédito no serviços de transportes restou claro que o legítimo possuidor do crédito do ICMS e o adquirente da mercadoria, arcando o Estado destinatário com a concessão do crédito; quanto à utilização do crédito do ICMS em “Outros Créditos”, sem comprovação de origem, no exercício de 1999, entende e aderiu sem reservas, o ilustre procurador ao entendimento esposado pelo CONSEF de que o recorrente não se desincumbiu das provas que seriam necessárias a afirmar em contrário às utilizações equivocadas dos créditos, e que apenas reprisou os mesmos argumentos e que continuam sem força a elidir a presunção legal.

Conclui pela configuração do cometimento da Infração opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

A destempo, entretanto, o recorrente através advogados, em 01/06/2005 requereu a inclusão de cópia do livro de Registro de Apuração do ICMS, das folhas relativas à escrituração do mês de março de 1999.

VOTO

Parece-me factível que a Fazenda Pública do Estado da Bahia, consoante extenso arrazoado e análises precedentes teria até o dia 31/12/2003 para constituir o crédito tributário relativo ao exercício de 1998, tendo o Auto de Infração sido lavrado em 17/12/2003, portanto, dentro do prazo legal.

A respeito da Inconstitucionalidade aventada na infração 3, este CONSEF por ser órgão de Instância Administrativa, não tem competência para este julgamento.

Com referência a esta infração 3, o CONSEF em reiteradas Decisões expôs o entendimento pacífico que operações internas com combustíveis, por serem tributadas constituem direito ao crédito do ICMS incidente sobre serviços de transportes; se tratando de movimento interestadual ou intermunicipal, esse crédito sobre o serviço deverá ser lançado pelo estabelecimento destinatário da carga, competindo ao Estado de destino arcar com o mesmo. Portanto, esta infração 3 subsiste.

Conforme se depreende da lavratura do Auto de Infração em lide, a infração 4 se deu por utilização de crédito de ICMS no campo Outros Créditos-nas DMAs, sem comprovação de origem, no exercício de 1999. A empresa não apresentou o Registro de Apuração do ICMS, foi intimada e não tinha procedido a comprovação ou a qualquer resposta explicando a origem destes créditos.

Suprida esta falta em 01/06/2005 conforme documentos apresentados. Mediante cotejamento, identifiquei os valores consignados nestes registros, observando manterem perfeita igualdade com os mesmos valores indicados nas cópias das DMAs apenas a fls. 66 e 67, donde se verifica e confirma a origem do crédito presumido no valor de R\$13.505,22, pelo que considero elidida esta infração 4.

Assim, acato no demonstrativo de débito elaborado pelo diligente a fl. 837, as ocorrências nºs 10 e 11 (infração 1) que perfazem R\$46,54, desconsiderando à infração 4 (ocorrência nº 28) conforme acima explicitado; subsiste o lançamento para a Infração de nº 03, consoante demonstrativo a fl. 02 do PAF.

De toda exposição, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário e pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269200.0016/03-0**, lavrado contra **SHELL BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.502,14**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de agosto de 2005.

ANTÔNIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS