

A.I. Nº - 269139.0005/04-8
AUTUADO - TOTAL DISTRIBUIDORA LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ ELMANDO TAVARES LINS e JOSÉ ANTONIO SOARES SEIXAS
ORIGEM - COFEP – DAT/NORTE
INTERNET - 07/12/05

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0439-03/05

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a.1)** MERCADORIA ADQUIRIDA COM IMPOSTO ANTECIPADO. Infração 1, parcialmente procedente e infração 8 insubsistente. **a.2)** MERCADORIA CONTEMPLADA COM O REGIME DE DIFERIMENTO SEM COMPROVAÇÃO DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infração parcialmente caracterizada. Reduzido o valor do débito. **a.3)** FRETE DE MERCADORIA ADQUIRIDA A PREÇO CIF. Infração parcialmente caracterizada. **a.4)** FRETE DE MERCADORIAS COM IMPOSTO PAGO ANTECIPADO [ÁLCOOL ANIDRO E GASOLINA]. Infração 8 insubsistente. **a.5)** AQUISIÇÕES DE BENS DO ATIVO PERMANENTE APROPRIAÇÃO TOTAL DO FRETE. Infração reconhecida. **a.6)** SEM A APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO COMPROBATÓRIO. Infração, não caracterizada. **a.7)** MERCADORIA ADQUIRIDA COM SAÍDA SUBSEQUENTE NÃO TRIBUTADA [ADITIVO]. Infração não impugnada. **a.8)** RELATIVO A SERVIÇO DE TRANSPORTE DE MATERIAL DE USO E CONSUMO. Infração reconhecida. **a.9)** ESTORNO DE DÉBITO. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DÉBITO DO IMPOSTO. Infração subsistente. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS PARA O ATIVO PERMANENTE. MATERIAL DE CONSUMO. Infrações reconhecidas. 3. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. OPERAÇÃO DE EMPRÉSTIMO SEM DÉBITO DO IMPOSTO. Nas operações de empréstimos, a alíquota aplicável é a prevista para as operações internas. Infração subsistente. 4. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ÁLCOOL HIDRATADO. OPERAÇÕES DE SAÍDA DO ESTABELECIMENTO DISTRIBUIDOR. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. A lei atribui ao distribuidor de álcool hidratado a condição de sujeito passivo por substituição, relativamente ao imposto a ser retido nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo referente à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado. Infração não impugnada. 5. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO FISCAIS - DMA. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. MULTA. Infração não defendida. 6. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE INVENTÁRIO. FALTA DE APRESENTAÇÃO QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. MULTA. Infração reconhecida. Rejeitado o pedido de diligência. Não

acatada a preliminar de nulidade. Auto de Infração
PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 11/03/05, exige ICMS no valor de R\$405.601,48 acrescido da multa de 60%, além da multa de R\$1.130,00 relativo as seguintes infrações:

01. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, com valor de R\$113.201,86. Consta, no campo da descrição dos fatos, que o contribuinte tinha como procedimento creditar-se do ICMS decorrente de aquisições de mercadorias sujeitas à antecipação tributária, efetuando na coluna 003 do Livro de Registro de Apuração do ICMS o respectivo estorno. No período de abril a maio de 2003, o contribuinte estornou a menor o ICMS que havia sido creditado indevidamente, conforme Doc. 01 e 02.
02. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação sujeitas ao regime de diferimento e desacompanhadas do comprovante de recolhimento do imposto, com valor de R\$171.767,91. Consta, no campo da descrição dos fatos, que refere-se a aquisição de Álcool Hidratado adquirido em outros Estados sem o comprovante do recolhimento do ICMS, conforme Protocolo ICMS 19/99, cláusula terceira, parágrafos 2 e 3. Tudo conforme, Doc. 03 e 04.
03. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, no valor de R\$7.292,68.
04. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento, no valor de R\$840,41.
05. Recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, referente a saída de Álcool Hidratado carburante, a título de empréstimo para comercialização, sem débito de ICMS, conforme Doc. 07 e 08, com valor de R\$4.860,00.
06. Deixou de proceder a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, referente saída de Álcool Hidratado carburante em agosto/2003, a título de empréstimo para comercialização, sem débito do ICMS, conforme Doc. 07 e 08, no valor de R\$1.540,13.
07. Utilizou indevidamente, na condição de destinatário de mercadorias, crédito fiscal de ICMS, relativo a frete CIF, com serviço efetuado por empresa transportadora, por transportador autônomo ou pelo próprio remetente, conforme Doc. 09, 9A e 10, com valor de R\$22.421,51.
08. Utilizou indevidamente, crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, referente ao uso indevido de ICMS sobre transporte de mercadorias substituídas: Álcool Anidro e Gasolina, conforme Doc. 09, 9A e 10, com valor de R\$6.919,63.
09. Utilizou indevidamente, crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, referente a uso de ICMS relativo a transporte de ativo imobilizado, quando utilizou todo o crédito em vez de 1/48 ao mês, conforme Doc. 09, 9A e 10, com valor de R\$1.198,50.

10. Utilizou indevidamente, crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, referente ao uso indevido de crédito fiscal de ICMS sobre o serviço de transporte sem identificação no CRTD, da nota fiscal e mercadoria transportada, conforme Doc. 09, 9A e 10, com valor de R\$6.359,82.

11. Utilizou indevidamente, crédito fiscal de ICMS referente à mercadoria adquirida com pagamento de imposto por antecipação tributária. Refere-se ao uso indevido de crédito de fiscal de ICMS relativo a mercadoria (aditivo para gasolina) cuja saída subsequente (gasolina aditivada) será sem a tributação do ICMS, conforme Doc. 09, 9A e 10, com valor de R\$1.472,75.

12. Utilizou indevidamente, crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, referente a uso indevido de ICMS sobre transporte de material de consumo, conforme Doc. 09, 9A e 10, com valor de R\$180,30.

13. Utilizou indevidamente, crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, conforme Doc. 09, 9A e 10, com valor de R\$73,01.

14. Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto. Referente a NF de devolução número 34435, de 24/02/2003, cuja emissão não houve destaque de ICMS, conforme Doc. 01, 11 e 12, com valor de R\$4.998,04.

15. Utilizou indevidamente, crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, não tendo apresentado os comprovantes mesmo sendo intimado, conforme Doc. 01 e 11, com valor de R\$62.477,93.

16. Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA, relativo aos meses de maio e junho/2002, quando declarou, com divergência, os valores do ICMS substituição tributária, em relação aos valores recolhidos, conforme Doc. 13, com aplicação de multa formal de R\$120,00.

17. Deixou de apresentar o livro de Registro de Inventário, quando regularmente intimado, com intimações de 24/11/04; 27/11/04; 16/02/05 e 10/03/05, tendo aplicado multas respectivas de R\$90,00; R\$180,00; R\$370,00; e R\$370,00; totalizando R\$1.010,00.

O autuado na defesa apresentada às fls. 387 a 407, preliminarmente suscitou a nulidade da autuação em razão de que todas infrações estão fundamentadas no RICMS/BA não considerando que a lavratura do Auto de Infração deve pressupor “o desrespeito a algum dispositivo de lei” conforme disposto no art. 5º, II da CF88.

Diz que a atividade administrativa é vinculada e que a doutrina e jurisprudência refere-se tão somente à lei e não pode ser confundida com a legislação infralegal.

Transcreveu à fl. 389 o art. 129 do CTN e diz que a apuração dos fatos jurídico-tributáveis deve ser feita com base no princípio da legalidade. Cita diversas decisões administrativas proferidas pelo Tribunal Administrativo do Estado de Pernambuco (fls. 389 e 390) e diz que “tendo em vista, portanto, o imperfeito enquadramento legal, não há como se determinar com segurança a natureza da infração, o que conduz o procedimento fiscal administrativo para o caminho sem volta da nulidade”.

No mérito, diz que se não acatado a nulidade pretendida, o Auto de Infração no seu entendimento é improcedente, tendo em vista que a empresa não deixou de registrar compras em nenhum momento e que todos os créditos fiscais foram utilizados de acordo com a legislação tributária.

Afirma que, do crédito tributário exigido de R\$406.731,48 reconhece como sendo devido o valor de R\$83.732,73 da infração 01 e totalmente as infrações 03, 04, 09, 11, 12, 13, 16 e 17 perfazendo um total de R\$95.920,38 que declarou ter pedido parcelamento.

Em relação à infração 01, diz que reconheceu como sendo procedente o valor de R\$83.732,73 relativo ao mês de 04/03, discorda da exigência sobre o valor exigido de R\$29.469,13 relativo ao mês 05/03, por se tratar de crédito fiscal lançado relativo à aquisição de álcool hidratado cujo imposto foi destacado na nota fiscal e, portanto, legítimo o crédito fiscal.

Esclarece que na época do fato gerador vigorava o Protocolo ICMS 19/99, do qual o Estado da Bahia era signatário. Alega que, nas operações interestaduais com álcool hidratado, o produto era diferido e o encerramento do diferimento se dava no momento da entrada do produto no seu estabelecimento (distribuidora), ficando então responsável pelo recolhimento do imposto incidente sobre a operação de compra e creditar-se do valor recolhido.

Afirma que no presente caso, adquiriu álcool hidratado da Codipetro - Distribuidora de Petróleo, localizada no Estado da Bahia (S. F. do Conde) conforme notas fiscais de nº 1414 e 1422 e lançou o crédito fiscal destacado, de R\$29.469,14. Alega que o crédito fiscal é legal e não há do que se falar em diferimento, uma vez que tanto o comprador como o vendedor estão localizados no Estado da Bahia.

Em relação à infração 02, utilização indevida de crédito fiscal relativo a mercadorias adquiridas em outras unidades da federação sujeitas ao regime de diferimento e desacompanhadas do comprovante do recolhimento do imposto, diz que se trata de crédito fiscal de operações de transferências de álcool hidratado entre estabelecimentos da impugnante e de Usina estabelecida em outro Estado.

Afirma que no caso das operações de transferências da Matriz para filial, os autuantes se equivocaram na interpretação da legislação tributária. Transcreveu à fl. 394 a cláusula primeira do Protocolo ICMS 19/99 e disse que, conforme previsto na Cláusula Primeira, "o ICMS era diferido nas operações interestaduais com álcool hidratado promovidas por Usina, Destilaria ou Importador que destinem o referido produto às distribuidoras de combustíveis".

Alega que, nas operações de transferências não há previsão de suspensão de ICMS tanto no citado Protocolo como na legislação estadual e tendo a Matriz destacado o imposto na nota fiscal, o mesmo valor que foi debitado foi creditado na filial. No seu entendimento o crédito fiscal é legítimo tendo em vista que arcou com o ônus financeiro do ICMS da operação de compra.

Em relação às operações de aquisição de álcool hidratado em outros Estados, diz que pagou o ICMS relativo a compras na Cooperativa de Colonização Agropecuária e na Ind. Pindorama Ltda. e por isso, utilizou o crédito fiscal destacado. Alega que o Estado da Bahia, neste caso, está exigindo o ICMS que já foi pago pelo Estado de origem e que mesmo que não tenha procedido de acordo com o disposto no Protocolo ICMS 19/99, não se pode dizer que o crédito fiscal é indevido.

Quanto à infração 05, recolhimento a menor do ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota nas saídas de álcool hidratado a título de empréstimo, sem débito do imposto, diz que "a descrição da irregularidade dita como infringida não condiz com a realidade dos fatos" o que conduz à sua nulidade.

Diz que, na verdade trata-se da operação de empréstimo à SOLL DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO, de 18.000 lts de álcool hidratado, conforme registrado na nota fiscal nº 40978 de 06/08/03, sem o destaque do ICMS. Diz que, na LC 87/96 não há previsão de incidência do ICMS nas operações de empréstimos e o art. 6º, XVI, prevê a não incidência do ICMS das "demais situações em que não se configure o fato gerador do imposto".

Alega que a mercadoria foi devolvida seis dias depois do empréstimo pela nota fiscal nº 13.472 de 12/08/03, também sem o destaque do ICMS e disse que no seu entendimento este procedimento não causou nenhum prejuízo ao Estado. Pondera que, só caberia a exigência do imposto se a mercadoria não tivesse sido devolvida.

Quanto à infração 06, falta de retenção do ICMS relativa a operação interna de empréstimo de mercadoria, diz que, esta exigência decorre da infração 05, mas que não é cabível a cobrança do ICMS substituto de operações entre distribuidoras, haja vista que o fato gerador da tributação de álcool hidratado era regulada pelo Protocolo 19/99 e previa a antecipação do imposto no momento da entrada do estabelecimento do distribuidor, encerrando daí por diante toda carga de tributação do ICMS.

No que se refere à infração 07, utilização indevida de crédito fiscal relativo a frete a preço CIF, diz que ocorreu um equívoco no preenchimento do Conhecimento de Transporte Rodoviário e de Carga (CTRC), tendo grafado a expressão "frete pago" ao invés de "frete a pagar". Alega que sendo destinatária das mercadorias, é detentor da primeira via CTRC, a qual é destinada a quem paga o frete, efetuou o pagamento dos serviços de transporte e que o mero erro formal não invalida o seu direito ao crédito. Juntou às fls. 487 e 488 cópia de documentos para provar suas alegações.

Quanto à infração 08, utilização indevida de crédito fiscal do ICMS de serviço de transporte vinculado a operação com mercadoria adquirida com imposto pago por antecipação, diz que é perfeitamente legal a utilização do crédito fiscal, sob pena de afronta ao princípio da não-cumulatividade prevista na CF/88, que estabeleceu restrições ao crédito fiscal apenas nos casos de isenção e não-incidência.

Cita o entendimento do professor Eron Arzua quanto a ilegalidade das restrições impostas pela legislação infra-legal.

Em relação à infração 10, utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação dos documentos comprobatórios. Diz que, os autuantes entenderam que o crédito fiscal foi utilizado indevidamente, tendo em vista que os CTRCs não identificaram as notas fiscais e nem as mercadorias transportadas, apesar de ter sido apresentado as respectivas faturas.

Alega que embora os CTRCs não mencionem as notas fiscais de vendas, na análise da documentação apresentada às fls. 490 a 510, pode se constatar que a empresa tinha o controle das mercadorias transportadas e que "os valores de ICMS destacado nos CTRCs correspondem exatamente aos valores do imposto incidente sobre frete das notas fiscais de venda relacionadas nos demonstrativos anexos". Diz que mesmo que tenha cometido erros formais isso não torna os documentos inidôneos porque correspondem a operações efetivamente realizadas.

Cita o entendimento do professor Roque Antonio Carrazza de que vícios, falhas ou omissões acaso existentes não dão o direito ao fisco de anular o crédito fiscal.

No que se refere à infração 14, estorno de crédito em desacordo com a legislação do ICMS, esclarece que adquiriu 683.200 lts de óleo diesel junto à Petrobrás, perfazendo um total de R\$940.698,08 tendo a nota fiscal nº 117.823 (fl. 512) indicado valor do ICMS Normal de R\$235.174,52 e Substituto de R\$29.396,90.

Ocorre que o preço unitário de tabela era de R\$1,3508 e a Petrobrás faturou a R\$1,3769 o que acarretou uma diferença de R\$18.388,75. Para reaver o valor pago a maior, emitiu uma nota de devolução (fl. 514), mas a Petrobrás efetuou uma restituição de apenas R\$13.390,72 através de uma nota de crédito de nº 101.019 (fl. 516), tendo excluído os valores relativos ao ICMS Normal e Substituto sob alegação de que tais valores já tinham sido repassados para o Estado da Bahia conforme demonstrativo juntado à fl. 518.

Afirma que, em virtude de ter arcado com uma tributação indevida e não tendo sido restituído, efetuou o lançamento do crédito de R\$4.998,04, que entende estar perfeitamente em consonância com a Constituição Federal e legislação do ICMS.

Quanto à infração 15, utilização indevida de crédito fiscal sem a apresentação do competente documento comprobatório, disse que será analisada cada situação em que se apresenta:

- a) Diz que a Port. 266 de 21/06/2002 do Ministério da Agricultura estabeleceu que a partir de 01/07/02 o percentual obrigatório de adição de álcool anidro à gasolina era de 25% e a Port. 017 de 22/01/2003 reduziu este percentual para 20%.

Esclarece que “no preço da gasolina A, comercializada pela refinaria de petróleo, já está incluso o valor do ICMS incidente neste produto, bem como o imposto incidente sobre o quantum de álcool anidro a ser adicionado àquele para a produção da gasolina C, ou seja, o equivalente ao percentual obrigatório de álcool anidro determinado pelas autoridades competentes para a quantidade de gasolina A adquirida”;

Apresentou um demonstrativo às fls. 405 e 406, no qual indica que, da quantidade de 1.186.324,19 litros de Gasolina A adquirida no mês de janeiro de 2003, restou um estoque final de 388.602 litros, que só foi comercializado no mês de fevereiro "com o preço inferior ao da compra em razão da redução do adicional de álcool anidro". No seu entendimento, tendo adquirido a Gasolina A no mês de janeiro/2003 onerada com ICMS incidente sobre um percentual de álcool anidro de 25% contido na gasolina e com a redução a partir do mês de fevereiro para o percentual de 20%, resultou em saldo credor de R\$20.019,22 que se creditou e afirma ser legal de acordo com o princípio não-cumulativo do ICMS.

- b) Quanto aos demais créditos fiscais exigidos como indevidos, afirma que os autuantes não observaram os comprovantes de pagamentos relativos a operações interestaduais com álcool hidratado que foram pagos (fls. 525 a 532) e creditados. Diz que, tal procedimento é previsto no Protocolo 19/99 que estabeleceu o encerramento do diferimento para o momento da entrada no seu estabelecimento (distribuidora) e direito ao crédito fiscal, conforme disposto no parágrafo segundo da cláusula quarta do citado Protocolo.

Conclui requerendo que o Auto de Infração seja julgado nulo ou improcedente e ainda o direito de provar tudo que foi alegado, inclusive a realização de perícia técnica para apurar a realidade dos fatos.

Os autuantes prestaram Informação Fiscal (fls. 536 a 541), inicialmente discorrem sobre as infrações e argumentos apresentados na defesa.

Dizem que, em relação à infração 01, não se aplica as regras previstas no Protocolo ICMS 19/99, tendo em vista que o mesmo regula operações interestaduais e as operações objeto da autuação são internas, entre duas distribuidoras de combustíveis. No entanto, reconhecem que o crédito fiscal exigido de R\$29.469,13 é legítimo pelo fato de que se trata de uma operação interna entre duas distribuidoras de combustíveis (substitutos), conforme disposto no art. 355, II do RICMS/BA.

Quanto à infração 02 afirmam que, conforme disposto nos parágrafos segundo e terceiro da cláusula terceira do Protocolo ICMS 19/99, o direito ao crédito nas operações interestaduais com Álcool Hidratado é condicionado a comprovação do pagamento do ICMS e o autuado não comprovou até o momento este pagamento, o que no seu entendimento torna o crédito fiscal lançado indevido.

No que se refere à infração 05, alegam que o fato gerador do ICMS é a saída da mercadoria do estabelecimento a qualquer título e que a saída da mercadoria do estabelecimento a título de empréstimo para comercialização é fato gerador do imposto e portanto devido o valor exigido.

Em relação à infração 06, reconhecem que está correto o argumento apresentado na defesa de que não cabe retenção de ICMS nas operações internas realizadas entre empresas distribuidoras de combustíveis (álcool hidratado) e concorda com a improcedência desta infração.

Quanto à infração 07, dizem que a simples alegação de que ocorreu erro no preenchimento do CTCR e posse das primeiras vias não comprovam o pagamento dos serviços de transportes. Mantém a exigência do débito.

Relativo à infração 08 afirmam que o autuado creditou-se do ICMS dos serviços de transportes vinculados às operações de compra de gasolina e álcool anidro com ICMS retido e tendo encerrado a fase de tributação destas mercadorias é vedado o crédito dos serviços de transportes nos termos do art. 97, IV, "b" combinado com os art. 356 e 359, tudo do RICMS/97.

No que se refere à infração 10, afirmam que após análise dos conhecimentos de transportes apresentados na defesa constataram que:

- a) os valores de R\$1.517,05; R\$911,18; R\$2.434,27 referem-se a transporte de álcool hidratado e reconhecem que dão direito a utilização do crédito, devendo ser eliminado da infração;
- b) o valor do débito de R\$482,00 do item 1 da infração, refere-se ao transporte de álcool anidro relacionado nas notas fiscais de nº 46.487, 46.601 e 46.657 e que não gera direito de crédito.
- c) o valor do débito de R\$1.015,32 do item 4 da infração, refere-se ao ICMS de dois CTCRs:
 - i) CTCR 1311, com ICMS de R\$610,00, relativo ao transporte de álcool hidratado, que reconhecem o direito ao crédito;
 - j) CTCR 1321, com ICMS de R\$405,33, relativo ao transporte de álcool anidro (NF 39.671 e 39.683) e que não gera direito ao crédito fiscal.

Afirmam que, remanescem os valores de R\$482,00 relativo ao item 1 e R\$405,33 do item 4 da infração.

Em relação à infração 14, alegam que tendo seu fornecedor (Petrobrás) faturado a mercadoria com valor a maior que o devido, caberia a ela restituir ao estabelecimento autuado o valor relativo ao ICMS Normal e o Substituto calculado a maior, fazendo a correção do ICMS lançado a maior e não procede a utilização do crédito fiscal como fez o estabelecimento autuado. Afirmam que ficam mantidos os valores exigidos.

Quanto à infração 15 esclarecem que, no desencadeamento da fiscalização, a empresa foi não apresentou documentos que justificassem a utilização dos créditos fiscais indicados na infração e após a análise dos documentos apresentados na defesa:

- a) Reconhecem que as GNRES com valores de R\$8.735,88; R\$5.465,40 e R\$28.257,43 (item 2, 3 e 4) comprovam o pagamento do ICMS o que assegura o direito do crédito ao estabelecimento autuado, devendo ser eliminado da infração;
- b) O valor de R\$20.019,22 (item 1) refere-se a operação de álcool anidro que a legislação prevê a substituição pelo estabelecimento industrial (Petrobrás) e não cabe nenhum tipo de lançamento de crédito fiscal por parte do estabelecimento do autuado que nesta operação é contribuinte substituído. Mantém a exigência do valor exigido no item 1 desta infração.

Finalizam mantendo o lançamento efetuado com o acatamento de parte das alegações e pedem pela procedência parcial da autuação.

Esta JJF decidiu converter o PAF em diligência (fl. 578 e 579) para que os autuantes intimassem o autuado para apresentar as seguintes comprovações:

- a) apresentar os comprovantes de pagamentos do ICMS destacado nas notas fiscais emitidas pela COOP DE COL AGROPEC INDL PINDORAMA LTDA (infração 02);
- b) sua inscrição como sujeito passivo por substituição no cadastro de contribuintes do Estado de Alagoas, nos termos da Cláusula Segunda do Protocolo ICMS 19/99;

- c) apresentar cópia do livro RSM e RAICMS, junto com os DAEs dos meses de janeiro, abril, maio e dezembro de 2003, para comprovar o pagamento do imposto relativo aos demonstrativos juntados às fls. 94 e 95;
- d) pagamentos dos serviços de transportes, relacionados nos demonstrativos acostados às fls. 165 a 171 e 173, anexando ao PAF os documentos comprobatórios.

Os autuantes, em atendimento à diligência, juntaram às fls. 585 e 586 duas intimações feitas ao autuado e disseram que o impugnante apresentou parte da documentação relativa à infração 02, mas não apresentou os DAEs para comprovar os pagamentos do ICMS (fl. 584). Afirmam que não tendo apresentado o documento de arrecadação do ICMS, conforme previsto no Protocolo ICMS 19/99, não acataram os documentos apresentados e que ficam mantidos os valores exigidos nos demonstrativos juntados às fls. 94 e 95.

Em relação às notas fiscais de transferências (item 2), afirmam que as notas fiscais estão registradas no livro RSM do remetente, com exceção das notas fiscais de n.ºs. 13994, 13995, 13996, 14020 e 14091, que não pertencem ao contribuinte, tendo o mesmo apresentado saldos credores de ICMS nos meses de janeiro, fevereiro, maio e dezembro/2003 e no mês de abril/03, saldo devedor, conforme cópia do RAICMS e DAE juntado ao PAF.

No tocante à infração 07 (item 3 da diligência), disseram que o contribuinte apresentou parte do documento, mas que a maioria dos valores comprovados refere-se a pagamento de transporte de Álcool Anidro e Gasolina A e que no entendimento deles, a operação de frete destes produtos não dão direito ao crédito, tendo em vista que os mesmos compõem a Gasolina C, cuja substituição é feita no momento da venda da Gasolina A. Em relação às comprovações do frete relativo ao transporte de Álcool Hidratado, acataram, mediante novo demonstrativo que foi juntado ao PAF (fl. 593), reduzindo de 22.421,51 para R\$21.421,07.

A Inspetoria Fazendária expediu intimação ao autuado (fl. 732) para tomar conhecimento do resultado da diligência fiscal, tendo inclusive fornecido cópia dos documentos juntados pelos autuantes às fls. 583 a 731, e reaberto o prazo de trinta dias para apresentação de nova defesa.

O autuado manifestou-se às fls. 735 e 736 e disse que:

- a) em relação às notas fiscais emitidas pela Cooperativa Pindorama, que o próprio destaque do ICMS na nota fiscal comprova que o imposto foi pago pela Total Distribuidora Ltda, pelo fato de que o imposto integra o valor da operação e não há comprovação em separado;
- b) quanto à inscrição como contribuinte substituto, afirma que se trata de aquisição de álcool hidratado, e que não está obrigada a possuir inscrição-ST, necessitando apenas para fins de vendas no estado destinatário;
- c) crédito do frete de álcool hidratado, afirma que embora os autuantes tenham reconhecido o seu direito, não considerou no mês de janeiro/03 os CTRCs de n.º 6.190 e 6.192, referente às notas fiscais de n.ºs. 253007 e 253043 (fls. 594 e 597, o que reduz o valor exigido de R\$288,00 para R\$144,00. No mês de abril/03, não foram considerados os CTRC n.ºs. 6470, 6491 e 6502 referente às notas fiscais de n.ºs. 262995, 263621 e 264044 (fls. 594 e 597), anulando totalmente o valor de R\$216,00.

Pede que sejam acolhidas às razões ora apresentadas.

Os autuantes à fl. 740, tomaram conhecimento da manifestação do autuado e disseram que não consideraram os créditos fiscais dos CTRCs acima mencionados pelo impugnante, haja vista que os aludidos conhecimentos constam como FRETE PAGO e que “o contribuinte não comprovou o respectivo pagamento como fez com aqueles que foram excluídos do demonstrativo original” e mantém a mesma posição manifestada anteriormente.

VOTO

Inicialmente, consoante o art. 147, inciso II, alínea “b”, do RPAF/99, fica indeferido o pedido formulado pelo defendente para a realização de perícia fiscal, por considerá-la desnecessária, em vista das provas produzidas nos autos, inclusive com a realização de diligência fiscal efetuada para trazer ao processo as provas documentais para o deslinde da questão.

Preliminarmente não acato o pedido de nulidade suscitada pelo autuado sob a alegação de que todas infrações foram enquadradas em dispositivos do Regulamento e não da Lei do ICMS, tendo em vista que conforme disposto no art. 19 do Dec. 7.629/99, a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando em nulidade o erro da indicação, desde que pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

Rejeito também o pedido de nulidade suscitado em relação à infração 05, sob a alegação de que a descrição da irregularidade não condiz com a realidade dos fatos, tendo em vista que o autuante juntou à fl. 154 a cópia do documento fiscal e o autuado compreendeu perfeitamente do que estava sendo acusado, tanto que na sua defesa argumentou com clareza sobre a acusação.

No mérito, o Auto de Infração trata de 17 infrações, e o autuado na sua defesa reconheceu integralmente às infrações 03, 04, 09, 11, 12, 13, 16 e 17, devendo ser mantidas na sua totalidade os valores exigidos nas citadas infrações.

Em relação à infração 01, utilização indevida de crédito fiscal, o impugnante reconheceu o primeiro item no valor de R\$83.732,73. Quanto ao valor exigido de R\$29.469,13, o autuado alegou que se trata de crédito fiscal relativo à aquisição de álcool hidratado, referente a imposto destacado na nota fiscal, por isso entende ser legítimo.

Por sua vez, os autuantes afirmaram que se trata de operação interna entre duas distribuidoras de combustíveis (substitutos) e que está correta a exigência fiscal nos termos do art. 355, II do RICMS/BA.

Verifico que conforme cópia das notas fiscais de n 1414 e 1422 (fls. 429 e 431), trata-se de operação de aquisição de álcool hidratado da Distribuidora de Petróleo Codipetros. No período fiscalizado, o contribuinte, tendo como atividade a distribuição de combustíveis, conforme disposto na cláusula quarta do Protocolo 19/99, ficava responsável pelo pagamento do imposto diferido na operação de aquisição de álcool hidratado, e ao comercializar o produto deveria fazer a retenção e o recolhimento do imposto. Como as operações objeto da autuação ocorreram entre duas distribuidoras de combustíveis, em operação interna, o vendedor destacou o imposto normal e substituto. Portanto, entendo que o disposto no art. 355, II do RICMS/BA, indicado pelos autuantes não se aplica, tendo em vista que o caput do citado artigo dispõe sobre a não retenção do imposto nas operações internas, que era o procedimento que deveria ser adotado pelo vendedor, em relação à mercadoria destinada a outro contribuinte ao qual a legislação atribua a condição de responsável pelo pagamento do imposto por sujeição passiva por substituição, em relação à mesma mercadoria, ficando o destinatário responsável pela retenção do imposto nas operações internas subsequentes. Na situação presente, tendo adquirido as mercadorias com imposto normal e retido, o contribuinte utilizou apenas o crédito do ICMS normal, haja vista que era responsável pela retenção do imposto nas operações internas subsequentes e, portanto, legítima a utilização do crédito fiscal, nos termos do art. 356, § 3º do RICMS/BA. Dessa forma, julgo parcialmente procedente a infração 01, com valor devido de R\$83.732,73.

Em relação à infração 02, utilização indevida de crédito fiscal, trata-se de crédito fiscal de operações de entrada de álcool hidratado (diferido) relativo a:

a) transferências do estabelecimento Matriz da impugnante localizado em Ipojuca - PE;

b) compra da Cooperativa de Colonização Agrop. Pindorama Ltda, situada em Coruripe-AL.

Com relação às transferências o autuado alegou que os autuantes se equivocaram com a aplicação das regras previstas no Protocolo ICMS 19/99, haja vista que a cláusula primeira do citado dispositivo legal, disciplina as operações interestaduais com álcool etílico hidratado carburante (AEHC) promovidas por Usina, Destilaria ou Importador que destinem o referido produto às distribuidoras de combustíveis e que o citado dispositivo legal não se aplica às operações de transferências de mercadorias entre o estabelecimento matriz e filial.

Em relação às operações de compras de AHEC na Cooperativa de Colonização Agropecuária e Ind. Pindorama Ltda., alegou que mesmo que não tenha procedido de acordo com o disposto no Protocolo ICMS 19/99, não se pode dizer que o crédito fiscal é indevido.

Os autuantes, alegaram que conforme disposto nos parágrafos segundo e terceiro da cláusula terceira do Protocolo ICMS 19/99, o direito ao crédito nas operações interestaduais com AEHC é condicionado a comprovação do pagamento do ICMS.

Da análise dos documentos juntados aos autos, verifico que conforme disposto na Cláusula primeira do mencionado Protocolo, a adoção do regime de diferimento, nas operações interestaduais com AEHC, atribuem a condição de sujeito passivo por substituição à Distribuidora de combustível, como tal definida e autorizada por órgão federal competente, promovidas por Usina, Destilaria ou Importador. Já a Cláusula terceira do citado dispositivo legal, prevê que o sujeito passivo por substituição, deve se inscrever na Unidade Federada de origem do produto, nos termos do Convênio ICMS 81/93. A Cláusula segunda determina que o imposto diferido ou suspenso, relativo às operações interestaduais, deverá ser recolhido mensalmente, até o décimo dia do mês subsequente ao da entrada do produto na distribuidora, por meio de GNRE, em favor da Unidade Federada de origem. Constata-se que o mencionado Protocolo contemplou com diferimento as operações interestaduais com AEHC, definindo como sujeito passivo o adquirente do produto em operações interestaduais, e o momento do encerramento, o da entrada no estabelecimento. O sujeito passivo, adquirindo a mercadoria com dedução do valor do imposto da operação, deve fazer o recolhimento através de GNRE destinado ao estado de origem da mercadoria. Percebe-se que a finalidade do citado Protocolo era transferir a responsabilidade pelo pagamento do imposto nas operações de venda interestaduais para o estabelecimento distribuidor.

Na situação do presente lançamento, verifico que nas operações de transferências da Total Distribuidora (PE) para o estabelecimento filial (BA), o remetente não é Usina, Destilaria ou Importador, logo não se enquadra como sujeito passivo da obrigação tributária, conforme definido na cláusula primeira do citado Protocolo. Também, a diligência realizada não confirmou que o estabelecimento destinatário tivesse inscrito no Estado de origem, como contribuinte substituto, nos termos da cláusula terceira do citado Protocolo. Logo, concluo que em relação a estas operações o autuado não figura como sujeito passivo, nos termos do Protocolo ICMS nº 19/99 e considero legítima a utilização do crédito fiscal, tendo em vista que arcou com o ônus financeiro do ICMS da operação de compra. Ressalto que conforme previsto na legislação do Estado da Bahia, o crédito fiscal utilizado das operações de transferências de álcool entre o estabelecimento matriz e filial, foi compensado no cálculo do imposto por antecipação. Ressalto que diligência realizada pelos autuantes comprovaram que na maioria dos meses do período fiscalizado, e a conta corrente do ICMS do remetente apresentava saldo credor e no único mês que apresentou saldo devedor, houve o recolhimento do imposto, o que comprova ter o imposto sido pago na operação antecedente. Portanto, deve ser afastado o valor exigido nesta infração em relação às operações de transferências.

Com relação às operações de compra de AHEC na Cooperativa de Colonização Agropecuária e Ind. Pindorama Ltda., sendo produtor ou associação de produtores do citado produto, considero

que sua atividade se equipara a de Usina ou Destilaria, conforme disciplina a cláusula primeira do Protocolo ICMS 19/99. Não tendo o estabelecimento autuado feito sua inscrição na unidade federada de origem do produto, conforme ficou constatado na diligência fiscal, nos termos do § 2º da cláusula terceira do citado Protocolo, o imposto deveria ter sido recolhido antes da saída da mercadoria do estabelecimento remetente e estar acompanhado de uma via da guia de recolhimento, a qual habilitaria o destinatário a creditar-se do valor correspondente. O autuado foi intimado para apresentar o comprovante de pagamento do imposto e não tendo comprovado, deve ser mantida a exigência fiscal. Tomo como base o demonstrativo juntado pelos autuantes à fl. 95 e considero devido o valor de R\$11.919,15 referente a:

Data Ocorr.	Data Vencto	Notas Fiscais	Base de Cálculo	Aliq. %	Multa %	Débito
		13994				2.395,23
		13995				2.624,30
		13996				2.248,04
		14020				2.250,75
		14091				2.400,83
31/12/03	09/01/04		99.326,25	12	60%	11.919,15

Quanto à infração 05, recolhimento a menor do ICMS, o autuado alegou que refere-se a operação de empréstimo de AEHC e que mesmo que não tenha sido debitado o imposto na operação de saída, também não se creditou na operação de entrada, sem que tivesse causado qualquer prejuízo ao Erário Público. Verifico que conforme cópia da nota fiscal nº 40978 juntada à fl. 154, o autuado deu saída do estabelecimento de 15.000 litros de AEHC a título de empréstimo a SOLL DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO, sem ter destacado o ICMS. Ao contrário do que afirmou o autuado, de que não há previsão de incidência do ICMS sobre as operações de empréstimos, o ICMS é um imposto que incide sobre a operação de circulação de mercadoria. A regra geral é de que o imposto incide sobre a saída da mercadoria do estabelecimento a qualquer título, depois vem as exceções como a saída para industrialização em estabelecimento de terceiros (com suspensão), saída destinada a exportação (imune), etc.

Não pode ser acolhida a alegação defensiva de que não causou prejuízo ao Erário, tendo em vista que se fosse acolhida tal pretensão, todos os contribuintes do imposto poderiam dar saída de mercadorias a título de empréstimo para atender interesses de cada um na movimentação de seus estoques sem incidência do imposto. Na situação do presente lançamento, a operação da saída do estabelecimento autuado com destino a outro contribuinte distribuidor configura fato gerador do ICMS, devendo ser mantido o imposto exigido no valor de R\$4.860,00.

Em relação à infração 06, falta de retenção do ICMS relativa a operação interna de empréstimo de mercadoria, o autuado alegou que não é cabível a exigência do ICMS substituto de operações entre distribuidoras, argumento que foi acatado pelos autuantes. Verifico que em relação a esta operação, tanto o remetente como o destinatário são contribuintes substitutos e não cabe retenção de ICMS nas operações internas (art. 355, II do RICMS/BA), devendo ser afastada esta exigência fiscal indicada na autuação.

O autuado, no que se refere à infração 07, utilização indevida de crédito fiscal relativo a frete a preço CIF, diz que ocorreu um equívoco no preenchimento do Conhecimento de Transporte Rodoviário e de Carga (CTRC), tendo grafado a expressão "frete pago" em vez de "frete a pagar". Alega que sendo destinatária das mercadorias, é detentor da primeira via CTRC, a qual é destinada a quem paga o frete, efetuou o pagamento do serviços de transporte e que o mero erro

formal não invalida o seu direito ao crédito. Juntou às fls. 487 e 488 cópia de documentos para provar suas alegações.

Verifico que no Auto de Infração não foram indicados os CTCRs que serviram de base para o lançamento. Nos demonstrativos juntados pelo autuante às fls. 166 a 173, foram indicados os valores creditados de "Frete CIF" com os Códigos Fiscais de Operações (CFOP) 2102, 2556, 2353, 2556 e 2551. Posteriormente, em diligência determinada por esta JJF (fl. 578 e 579), o autuado foi intimado para comprovar o pagamento dos fretes escriturados a preço CIF, tendo os autuantes informado (fl. 584) que:

- a) "... o contribuinte apresentou parte dos documentos. Ocorre que a maioria dos valores comprovados refere-se a pagamento de transporte de Álcool Anidro e Gasolina A. Tais produtos compõem a Gasolina C, cuja substituição é feita no momento da venda da Gasolina não dá direito ao crédito, por se tratar de produto substituído";
- b) foram acatadas as comprovações do pagamento do Álcool Hidratado.

O novo demonstrativo juntado à fl. 593, reduziu o valor exigido de R\$22.421,51 para 21.412,07. Verifico que nos demonstrativos juntados pelos autuantes em atendimento à diligência às fls. 594 a 596 foram relacionados os CTCRs com indicação do produto transportado (Gasolina A, Álcool Anidro, Álcool Hidratado e Óleo Diesel) e que tanto na nota fiscal correspondente, como nos demonstrativos acostados às fls. 597 a 599 foram relacionados os valores creditados por CTCR, todos vinculados a operações interestaduais.

Com relação à primeira alegação dos autuante de que o ICMS creditado refere-se a pagamento de transporte de Álcool Anidro e Gasolina A, que compõem a Gasolina C, e que não dá direito ao crédito, por se tratar de produto substituído, não pode ser acatada, tendo em vista que:

- 1) o estabelecimento autuado adquire o Álcool Anidro e mistura com a Gasolina A para formar a Gasolina C. A Gasolina A é adquirida com ICMS retido pela Petrobrás, sendo que na base de cálculo do imposto está inserido o componente de custo estimado do Álcool Anidro que é adicionado a Gasolina A.
- 2) o valor do frete do transporte pago na aquisição da Gasolina A e do Álcool Anidro, está contido no preço da Gasolina C.

Concluo que a Gasolina C (equivalente a Gasolina A + Álcool Anidro), sendo um produto comercializado pelo autuado com ICMS pago em fase anterior, é um produto tributado pelo imposto e com imposto pago antecipadamente. No presente caso, sendo as operações interestaduais apesar dos CTCRs indicarem "frete pago" (CIF), na diligência fiscal ficou caracterizado a operação FOB, haja vista que o serviço de transporte foi pago pelo destinatário e não pelo remetente. Sendo assim, o crédito fiscal sobre o serviço de transporte será lançado pelo estabelecimento destinatário das mercadorias e o mesmo têm direito à utilização do crédito fiscal do frete. Observo que já existem decisões exaradas pelas Câmaras do CONSEF neste sentido, a exemplo do Acórdão CJF 008-12/03, cujo relator foi o Conselheiro Ciro Roberto Seifert que reformulou a decisão do Acórdão 091-02/02 e também o Acórdão CJF 0218-11/02 cuja Relatora foi a Conselheira Sandra Urânia.

Por tudo que foi exposto, deve ser afastada a exigência fiscal relativo aos meses de julho, agosto, e setembro a dezembro/03, conforme demonstrativos juntados pelo autuante às fls. 597 a 599 e mantido os valores exigidos de R\$144,00 relativo aos CTCRs de nº 6.190 e 6.192 no mês de janeiro/03 e R\$216,00 relativo aos CTCRs de nº 6.470, 6.491 e 6.402 no mês de abril/03, que o autuado não comprovou o respectivo pagamento em atendimento a intimação feita perante ao diligente, por determinação desta JJF, resultando em valor devido de R\$360,00 conforme demonstrativo abaixo:

Data da Ocorr.	Data Vencido	Base de Cálculo	Aliq. %	Multa %	Valor do Débito
31/01/03	09/02/03	847,06	17,00	60,00	144,00
30/04/04	09/05/03	1.270,59	17,00	60,00	216,00
Total					360,00

Em relação à infração 08, utilização indevida de crédito fiscal do ICMS de serviço de transporte vinculado a operação com mercadoria adquirida com imposto pago por antecipação, verifico que no Auto de Infração os autuantes indicaram (fl. 03) que se refere ao "uso indevido de ICMS sobre transporte de mercadorias substituídas: álcool anidro e gasolina", conforme Doc. 09, 09-A e 10. Verifico que nos demonstrativos juntados às fls. 156 a 173 (Doc. 09)indica:

- fls. 156 a 162: relaciona CTRC e tipo de mercadorias (Álcool Anidro, Álcool Hidratado, Gasolina A, Óleo Diesel e Aditivo), no período de janeiro a dezembro/03, sem indicação de valores (crédito fiscal);
- fls. 164: indica o valor total exigido na infração de R\$6.916,63;
- fls. 165, indica valor de R\$347,69 que se refere às notas fiscais de nº 46.400 e 46.420 que tendo indicado como unidade da Federação "BA", corresponde aos CTRCs 332 e 331 relacionados no demonstrativo da fl. 156, com alíquotas de 12%. Por sua vez, a cópia dos citados CTRCs juntados às fls. 232 e 233 indica a contratação de serviço de transporte a preço FOB, de Álcool Anidro da Usina de Serra Grande S/A situada em Alagoas para o estabelecimento do contribuinte localizado em São Francisco do Conde. Os demais CTRCs juntados às fls. 234 a 375 indicam operações idênticas.

Pelo exposto, trata da mesma situação analisada na infração 07, sendo que naquela situação a empresa fora acusada de creditar-se do imposto relativo às operações de serviço de transporte interestadual a preço CIF e foi comprovado que se tratava de operações FOB. Nesta infração trata-se de operações interestaduais com combustíveis a preço FOB, e da mesma forma, é assegurado o direito ao crédito fiscal sobre o serviço de transporte pelo estabelecimento destinatário das mercadorias, motivo pelo qual julgo totalmente improcedente a infração 08.

No tocante à infração 10, utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação dos documentos comprobatórios, o autuado juntou na defesa as 490 a 510 os CTRCs juntamente com os demonstrativos mensais correspondentes. Na informação fiscal, os autuantes após análise dos conhecimentos de transportes apresentados na defesa, acataram a maior parte dos valores exigidos e contestaram os valores relativos:

- débito de R\$482,00 do item 1 da infração, refere-se ao transporte de álcool anidro relacionados nas notas fiscais de nº 46.487, 46.601 e 46.657 e que não gera direito de crédito;
- débito de R\$405,33 contido no item 4 da infração, que refere-se ao ICMS do CTRC 1321, relativo ao transporte de álcool anidro (NF 39.671 e 39.683) e que não gera direito ao crédito fiscal.

Pelo exposto, os valores resultantes não acatados pelos autuantes, referem-se a créditos fiscais relativos a transporte de Álcool Anidro, que conforme interpretação dada às infrações 07 e 08, o autuado tem assegurado o direito ao crédito fiscal e insubsistente a exigência fiscal.

Em relação à infração 14, estorno de crédito do ICMS, o autuado informou que adquiriu Óleo Diesel junto à Petrobrás, através da nota fiscal de nº 117.823 (fl. 512) ao preço de R\$1,3508 o litro e a Petrobrás faturou indevidamente a R\$1,3769 o que acarretou uma diferença de R\$18.388,75. Para reaver o valor pago a maior, emitiu uma nota de devolução (fl. 514), mas a Petrobrás efetuou uma restituição de apenas R\$13.390,72 através de uma nota de crédito de nº 101.019 (fl. 516), com exclusão dos valores relativos aos valores do ICMS Normal e Substituto, conforme demonstrativo

juntado à fl. 518. Alegou que, tendo arcado com uma tributação indevida, efetuou o lançamento do crédito de R\$4.998,04 que diz ter direito, o que foi contestado pelos autuantes de que caberia a Petrobrás restituir ao estabelecimento autuado o valor relativo ao ICMS Normal e o Substituto calculado a maior.

Pela análise dos documentos fiscais acostados ao PAF, tendo o autuado adquirido mercadoria faturada com valor superior ao contratado, cujo documento fiscal gravou o imposto normal e o pago por antecipação (retido), sendo vedado a utilizar o crédito fiscal e sido corrigido o valor faturado através da nota de crédito (fl. 516) não há nenhuma segurança que o remetente (Petrobrás) tenha efetuado o pagamento do imposto ao Estado da Bahia com base no faturamento inicial e sim com base no valor real da operação. Entendo que só caberia a utilização do crédito fiscal pago a mais que o devido, através de documento fiscal emitido pelo remetente, nos termos dos art. 112 e 113 do RICMS/BA. Assim sendo, deve ser mantida a exigência fiscal.

Quanto à infração 15, utilização indevida de crédito fiscal sem a apresentação do competente documento comprobatório, o autuado na sua impugnação às fls. 525 a 532 diversas GNRES para comprovar a legitimidade dos créditos fiscais lançados. Os autuantes, na informação fiscal, reconhecem que ficaram comprovados os valores de R\$8.735,88; R\$5.465,40 e R\$28.257,43 (item 2, 3 e 4) relativos aos meses de outubro, novembro e dezembro/03. Não havendo nenhuma controvérsia em relação a estes valores, devem os mesmos serem excluídos do lançamento fiscal.

Em relação ao valor de R\$28.257,43, relativo ao mês de março/03, o autuado afirmou que a partir de 01/07/02 o percentual obrigatório de adição de álcool anidro à gasolina era de 25% e a Port. 017 de 22/01/2003, reduziu este percentual para 20% e que procedeu ao estorno de débito proporcional à redução da quantidade de álcool anidro que foi adquirido no mês de janeiro e comercializado no mês de fevereiro/03, com preço inferior ao da compra em função da redução do adicional de álcool anidro. Os autuantes contestaram tal procedimento, alegando que o procedimento praticado pelo autuado não é previsto na legislação tributária.

Da análise dos documentos juntados pelo autuado na sua defesa (fls. 521 a 524) e do quadro demonstrativo apresentado à fl. 405, verifico que foi apurada uma base de cálculo do ICMS substituído das compras de 388.602 litros de Gasolina A no fim do mês de janeiro/03 a R\$3,0528 o que totaliza R\$1.186.324,19, tendo estimado o ICMS-ST de R\$320.307,53 e considerou que foi comercializada no mês seguinte (fevereiro/03) valor estimado de R\$2,862 o que resulta em base de cálculo do ICMS-ST de R\$1.112.178,92 e débito de R\$300.019,22, que no seu entendimento gerou uma diferença de R\$20.019,22, que se creditou. Pelo exposto, sabe-se que o autuado ao adquirir da refinaria de petróleo a gasolina A, já está incluso nesta operação o valor do ICMS incidente neste produto, bem como o imposto incidente sobre a quantidade de álcool anidro a ser adicionado àquele para a produção da gasolina C. No momento que ocorre um aumento ou redução do percentual obrigatório de álcool anidro a ser adicionado a gasolina A, entendo que não há na legislação tributária nenhum dispositivo que assegure direito a qualquer crédito fiscal (pela redução do percentual de álcool anidro) ou débito fiscal (aumento do percentual), haja vista que, tendo o imposto sido pago antecipadamente, não há qualquer fato gerador do imposto nas operações subsequentes. Se assim fosse, toda vez que ocorresse aumento de preços de produtos adquiridos com imposto pago por antecipação, o contribuinte teria que pagar um valor proporcional correspondente ao percentual do aumento, o que não é previsto na legislação tributária. Dessa forma, deve ser mantido o valor exigido de R\$20.019,22 relativo ao mês de março/03.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269139.0005/04-8 lavrado

contra **TOTAL DISTRIBUIDORA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$136.946,79**, acrescido das multas de 60% previstas no art. 42, II, "a", "e" e "f", e VII, "a" da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além das multas no total de **R\$1.130,00**, previstas no art. 42, XX, e XIII-A, "f" da citada Lei, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, "a", 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de novembro de 2005.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - RELATOR

MARIA DO SOCORRO FONSECA DE AGUIAR - JULGADORA