

PROCESSO - A. I. Nº 206941.0009/04-9
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e CHEVRON BRASIL LTDA. (TEXACO BRASIL LTDA.)
RECORRIDOS - CHEVRON BRASIL LTDA. (TEXACO BRASIL LTDA.) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFICIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0191-02/05
ORIGEM - INFRAZ JUAZEIRO
INTERNET - 22/02/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0032-12/06

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS COM ÁLCOOL ETÍLICO HIDRATADO. FALTA DE COMPROVANTE DO PAGAMENTO DO IMPOSTO NO ESTADO DE ORIGEM. Nas operações com álcool hidratado provenientes de usinas, destilarias ou importadores, localizados em Estados signatários do Protocolo ICMS nº 19/99, o imposto fica deferido para o momento em que ocorrer a entrada da mercadoria na distribuidora. Modificada a Decisão recorrida. A empresa se encontrava amparada em Mandado de Segurança para efetuar operações de saídas do combustível, sem a observância do deferimento e da substituição tributária estabelecidos pelo Protocolo ICMS 19/99. Infração elidida. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADOS A MENOS. **a)** PORTARIA MINISTERIAL. MENOR PREÇO MÁXIMO DE ÓLEO DIESEL PRATICADO NOS MUNICÍPIOS. DIFERENÇA ENTRE O MAIOR E O MENOR VALOR PRATICADO. Modificada a Decisão recorrida. Afastada a exigência do tributo, tendo em vista que as contribuições PIS/COFINS, só passaram a ser contempladas na base de cálculo do ICMS-ST a partir de janeiro/02, com o advento do Convênio ICMS 138/01. Infração descaracterizada. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. **a)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. Dada a autonomia dos estabelecimentos, e ao fato de que a transferência interestadual de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa se configura como uma transferência definitiva, é devido o pagamento da diferença de alíquota. **b)** USO E CONSUMO. Infração descaracterizada por se tratar de brindes que não estão sujeitos ao pagamento da diferença de alíquotas. 4. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. USO E CONSUMO. Por se tratar da mesma operação de que cuida a infração anterior, não subsiste a infração. Rejeitada a preliminar de decadência suscitada. Recurso de Ofício NÃO PROVIDO. Recurso Voluntário PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário e de Ofício, interpostos contra Decisão que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, lavrado em 28/09/2004, para exigir ICMS no valor de R\$107.509,96, em razão dos seguintes fatos:

1. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$70.811,93, referente às aquisições de álcool hidratado carburante procedente de outros Estados, sujeitas ao regime de diferimento, com destaque do imposto nas notas fiscais, mas sem o comprovante do recolhimento, relativo aos meses de outubro e novembro de 1999, março, abril, julho, setembro a novembro de 2000, dezembro de 2001, novembro de 2002, novembro e dezembro de 2003, conforme demonstrativos e documentos às fls. 15 a 61.
2. Deixou de proceder a retenção e recolhimento de ICMS, no valor de R\$13.777,22, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas de gasolina e óleo diesel para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de março, abril, junho de 1999 e fevereiro de 2000, correspondente ao aumento de preço estabelecido por portaria ministerial, nos termos do artigo 512-B, § 4º, inciso II, alínea “a” do RICMS/97, conforme demonstrativo à fl. 63.
3. Retenção e recolhimento de ICMS efetuados a menos, no valor de R\$20.867,00, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas de álcool hidratado carburante, em razão da não inclusão do PIS/COFINS na base de cálculo, nos termos do artigo 511, inciso III, Alínea “c”, itens 1 e 5.2 do RICMS/97, referente ao período de janeiro de 1999 a novembro de 2000, conforme demonstrativo e documentos às fls. 65 a 72.
4. Retenção e recolhimento de ICMS efetuados a menos, no valor de R\$865,36, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas de álcool hidratado carburante, referente ao mês de julho de 2002, nos termos do artigo 512, do RICMS/97, conforme demonstrativo à fl. 74.
5. Retenção e recolhimento de ICMS efetuados a menos, no valor de R\$414,52, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas de óleo diesel, em razão da diferença entre o menor preço máximo e o preço de venda do município onde efetivamente ocorreu a venda para posto de gasolina, nos termos do artigo 512-A do RICMS/97, referente ao período de março a setembro de 2000, conforme demonstrativo à fl. 76.
6. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$256,45, no mês de dezembro de 2001, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, conforme demonstrativo à fl. 78.
7. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$321,68, no mês de dezembro de 2001, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento (brindes), conforme demonstrativo à fl. 80.
8. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$195,80, no mês de dezembro de 2001, referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento (brindes), conforme demonstrativo à fl. 82.

O autuado em sua defesa às fls. 86 a 115, inicialmente descreveu cada infração e os respectivos enquadramentos legais, e em seguida, teceu algumas considerações sobre a decadência tributária à luz do artigo 150, § 4º, e o artigo 173, do CTN, citando lições de renomados tributaristas, e a jurisprudência no âmbito do judiciário.

No caso, aduz que a Fazenda Pública Estadual decaiu de seu direito de efetuar o lançamento de crédito do ICMS relativamente a fatos geradores relativos ao período de 01/01 a 29/09/99, pois teve ciência do Auto de Infração no dia 30/09/2004.

Por conta disso, requer o retorno dos autos ao autuante para a exclusão dos valores referentes a fatos geradores do citado período.

No mérito, formulou sua defesa com base no seguinte.

INFRAÇÃO 1 – Crédito fiscal indevido nas aquisições de Álcool Hidratado Carburante adquirido em outras Unidades da Federação, sujeito ao regime de diferimento, e sem o comprovante de recolhimento.

Argüiu a improcedência e ilegalidade deste item, sob o fundamento de que o item 5.2, letra C, do inciso II, do artigo 511, do RICMS/97, dispõe que o destinatário do produto, à vista da GNRE, creditar-se-á do valor correspondente, e foi introduzida a sistemática tributária do diferimento, de modo a adequar a legislação da Bahia às normas advindas do Protocolo ICMS 19/99, do qual, a Bahia é signatária.

Ressalta que a referida sistemática somente é aplicável aos Estados signatários do Protocolo ICMS 19/99, quais sejam, Acre, Alagoas, Amapá, Ceará, Maranhão, Pará, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte, Rondônia, Roraima e Sergipe.

Salienta que os lançamentos provenientes de operações internas envolvendo transferências entre estabelecimentos filiais da empresa (CFOP 1.22) inseridos no Anexo I (fls. 15 a 19) não eram e não são alcançados pela sistemática do diferimento de que trata o acima citado dispositivo regulamentar.

Além disso, foram impugnados todos os lançamentos do Anexo I, referentes ao ano de 1999, sob o fundamento de que a sistemática tributária do diferimento advinda do Protocolo ICMS 19/99, de 22/10/99, incorporada ao RICMS/BA através do Decreto nº 7.725 de 28/12/99, somente entrou em vigor a partir do dia 01/01/2000, nos termos da Cláusula sexta do Protocolo ICMS 31/99.

Quanto às demais notas fiscais relacionadas no Anexo I, o sujeito passivo falou que se trata de operações envolvendo remetente (destilaria) do Estado de Alagoas, as quais, foram realizadas sem o diferimento do ICMS em consequência de ordem judicial exarada pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública do Estado de Alagoas – Comarca de Maceió, nos autos de Mandado de Segurança nº 2063-0/2000 objeto do Ofício nº 62/2000 (docs. fls. 146 a 156).

Ressaltou que foi formalmente notificado, através do Ofício nº 62/2000, de 29/02/2000 da 2ª Vara da Fazenda Pública do Estado de Alagoas, da concessão de liminar nos autos do mencionado Mandado de Segurança em favor da empresa Cooperativa de Colonização Agropecuária e Industrial Pindorama Ltda (CNPJ nº 12.229.753/0001-52), no sentido de que a referida empresa se encontrava amparada judicialmente para efetuar operações de saídas de AEHC sem a observância do diferimento e da substituição tributária.

Com esses argumentos, salienta que não há porque se cogitar da falta de recolhimento do ICMS – via GNRE – em favor do Estado de origem (Alagoas), pois amparado em Decisão judicial o ICMS foi pago diretamente ao fornecedor em regime normal de tributação. Diz que o Álcool Hidratado adquirido perante destilaria do Estado de Alagoas, foi revendido aos postos revendedores do Estado da Bahia com incidência normal do ICMS, além da substituição tributária de que trata o artigo 512-A do RICMS/97.

Aduz que, em obediência ao princípio da não-cumulatividade, tem direito ao crédito fiscal nas operações objeto da autuação, nos termos do artigo 93, inciso I, alínea “a” do citado Regulamento, pois as notas fiscais são idôneas, cuja incidência do ICMS encontra-se respaldada pela multicitada Decisão judicial.

INFRAÇÃO 2 – Falta de recolhimento de ICMS a título de complementação referente a substituição tributária de Gasolina e Óleo Diesel em virtude de aumento de preço dos produtos estabelecido por Portaria interministerial.

Argüi que na data dos fatos geradores não havia nenhuma previsão legal na legislação baiana quanto à incidência do ICMS na hipótese acima, pois somente com a edição do Decreto nº 7.691 de 03/11/99 foi inserida no RICMS/BA. Com base nos princípios da legalidade e da irretroatividade tributárias (arts. 3º e 142, do CTN).

Citou lições de renomado tributarista no sentido de que a administração pública deve ater-se aos ditames legais, e argüiu a nulidade da exigência fiscal por falta de amparo legal, relativamente aos fatos geradores anteriores a 04/11/99, data da publicação do Decreto nº 7.691, de 03/11/00.

Quanto ao débito no valor de R\$ 930,43, data de ocorrência 28/02/2000, diz que o mesmo improcede pois já havia efetuado o recolhimento do ICMS, conforme comprovante à fl. 196.

INFRAÇÃO 3 – Recolhimento a menos do ICMS-ST nas vendas de AEHC, em razão da não inclusão na base de cálculo do PIS/COFINS.

Foi ressaltado que o Convênio ICMS nº 105/92 (redação dada pelos Convênios ICMS Nº 28/96 e 31/97), vigentes à época dos fatos geradores, dos quais a Bahia foi signatária, não previa no § 1º, I, “a” da Cláusula Segunda a obrigatoriedade de se incluir o PIS e o COFINS, devidos pela revenda, na base de cálculo do ICMS apurado através do regime de substituição tributária, por entender que a base de cálculo presumida é fixada pelo próprio Poder Público.

Por outro lado, assevera que em decorrência das regras gerais estabelecidas pela Lei Complementar nº 87/96 (art. 8º), não está prevista a inclusão das referidas parcelas daquelas contribuições na base de cálculo. Salienta que somente com o advento do Convênio ICMS 03/99, foi contemplado no § 1º, da Cláusula Segunda a inclusão de impostos na composição da base de cálculo do ICMS-ST, e que as contribuições citadas não foram alcançadas naquele dispositivo.

Prosseguindo, diz que as contribuições PIS/COFINS passaram a ser contempladas na base de cálculo do ICMS-ST a partir de janeiro de 2002, após a publicação do Convênio ICMS nº 138/2001, publicado no DOU de 29/12/2001, através do qual foram alteradas as regras do Convênio ICMS nº 03/99.

Conclui que a pretensão fiscal é improcedente pela ausência de diploma legal que lhe dê respaldo, quer pela falta de previsão legal na LC Nº 87/96, quer pelo fato da regra de base de cálculo inserida através do Convênio ICMS Nº 138/2001 só se aplicar aos fatos geradores a partir de janeiro de 2002.

INFRAÇÃO 4 – Retenção e recolhimento a menos do ICMS-ST de Álcool Hidratado Carburante.

Aduz que efetuou o recolhimento do ICMS-ST nas operações com Álcool Hidratado Carburante com base nas margens de valor agregado estabelecidas pelo Convênio ICMS nº 84/2002, em seu Anexo I, enquanto que o autuante apurou diferença por ter utilizado os percentuais de margem de valor agregado consignados no Convênio ICMS nº 84/2002.

Assinala que existe um conflito de normas devendo prevalecer aquela mais favorável ao contribuinte, por restar evidenciado que a regra especial se sobrepõe à geral, pedindo a insubsistência deste item da autuação.

INFRAÇÃO 5 - Retenção e recolhimento a menos do ICMS-ST nas operações de vendas internas de Óleo Diesel.

Discorda do entendimento do autuante de que não teria sido considerado para efeito da base de cálculo da substituição tributária o preço máximo do Óleo Diesel fixado pela autoridade competente para cada município, sob o argumento de acordo com a legislação tributária vigente à época (Cláusula Segunda do Convênio ICMS nº 13, de 21/03/1997), que estabelece que não caberá a restituição ou cobrança complementar quando a operação subsequente à cobrança do imposto por substituição tributária se realizar com valor superior ou inferior a base de cálculo estabelecida pela Lei Complementar nº 87/96.

Informou que no período de 01/01/99 a 31/12/2003, a Cláusula II do referido Convênio esteve em pleno vigor, regulamentando as relações jurídicas dela decorrente, a qual, teve sua constitucionalidade declarada pelo Egrégio STF ao julgar a ADIN nº 1851-5, impetrada pela Confederação Nacional do Comércio – CNC, cujo Secretário da Fazenda do Estado da Bahia foi também parte requerida.

Finaliza dizendo que nas operações em discussão o contribuinte do ICMS, a título de substituição tributária foi, e continua sendo, exclusivamente, a Petrobrás como produtora de Óleo Diesel.

INFRAÇÃO 6 – Diferença de alíquota na aquisição de ativo imobilizado.

O defendant alega que a operação apontada neste item não trata de aquisição de mercadoria para o ativo fixo ou consumo, mas sim, de operação interestadual de transferência de bens do

ativo fixo, oriunda de seu estabelecimento situado no município de Recife/Pe, conforme nota fiscal à fl. 192.

Invocou o artigo 155, II, da CF/88, para argumentar que para haver circulação de mercadorias, fato gerador do ICMS, faz-se necessário que haja a mudança de proprietário ou de possuidor, e que este conceito é pacífico na Doutrina e na Jurisprudência, a exemplo da Súmula 166 do STJ, citando também ensinamentos de renomados professores de direito tributário sobre esta questão.

INFRAÇÃO 7 – Diferença de alíquota na aquisição de consumo (brindes).

Aduz que não foi observado pelos autuantes que as mercadorias constantes na Nota Fiscal nº 6187, de 07/12/2001 (doc. fl. 193), embora se trate de calendários, não ingressaram no estabelecimento para fins de consumo e/ou distribuição de brindes, mas sim, para serem revendidas aos postos revendedores, conforme notas fiscais de vendas (docs. fls. 194 a 195).

INFRAÇÃO 8 – Crédito indevido referente a aquisição de ativo imobilizado.

Diz que o crédito considerado indevido diz respeito ao ICMS incidente na mesma nota fiscal de que trata a infração 07 (NF nº 6187), e contesta a exigência fiscal dizendo que demonstrou anteriormente que as mercadorias são brindes e que foram objeto de vendas aos postos revendedores.

Por fim, requer a Improcedência total do Auto de Infração.

Na informação fiscal às fls. 200 a 231, o autuante analisando a argüição de decadência dos fatos geradores do período 01/01 a 29/09/99, citou lições de renomado professor de direito tributário sobre as modalidades de lançamento, transcreveu o artigo 149, VI, do CTN, fez menção à doutrina e jurisprudência sobre a questão da decadência, salientando que sendo o Auto de Infração um lançamento de ofício, submete-se ao prazo decadencial estabelecido no inciso I, do artigo 173, do CTN. No presente caso, disse que o prazo só começa a contar a partir do primeiro dia do exercício seguinte, ou seja, no dia 01/01/2000, encerrando-se em 31/12/2004, pois o autuado tomou ciência da autuação em 30/09/2004.

Quanto ao mérito, rebateu as razões defensivas na forma que segue.

INFRAÇÃO 1 - Aduz que conforme disposto na alínea “c”, combinados com os itens 1 e 5.2, do inciso III do artigo 511, do RICMS/97, as operações de aquisição de Álcool Hidratado são efetuadas sob a proteção do regime de diferimento por força do Protocolo ICMS 19/99 e suas alterações posteriores, em relação às operações envolvendo os Estados signatários do referido acordo, sendo que o recolhimento do imposto diferido deverá ocorrer até o 10º dia do mês subsequente ao das entradas do produto no estabelecimento da distribuidora, através da GNRE-Guia Nacional de Recolhimentos de Tributos Estaduais, em favor deste Estado.

Com base no citado dispositivo regulamentar, diz que o estabelecimento destinatário do produto à vista da GNRE poderá se creditar do valor correspondente, submetendo-se a uma condição suspensiva, nos termos do artigo 125 do Código Civil de 2002, ou seja, somente após o recolhimento do ICMS diferido é que o contribuinte fará jus ao direito ao crédito correspondente.

Além disso, diz que para fazer jus ao crédito indevidamente lançado, deveria ser observado o disposto na alínea “a”, do inciso I, do artigo 93, do RICMS/97, e como não foi recolhido o imposto pelo regime de diferimento não é devida apropriação do crédito fiscal.

Sobre a alegação de que as operações realizadas envolvendo o Estado de Alagoas estavam acobertadas por ordem judicial que a impedia de agir de modo diverso, o preposto fiscal salienta que as decisões judiciais vinculam apenas as partes da respectiva relação jurídica, não beneficiando terceiros, conforme disposição contida no artigo 472, CPC. Citou jurisprudência sobre esta questão.

Ressalta que a exigência de que, nas operações amparadas pelo Regime de Diferimento, quando houver destaque de imposto, o documento deve estar acompanhado de DAE ou Certificado, não diz respeito às operações de que trata o Protocolo ICMS Nº 19/99, mas sobre qualquer operação realizada sobre tal regime. Desta forma, diz que as notas fiscais relacionadas às fls. 09 e 10 da

defesa estão sujeitas às mesmas regras de tributação das demais notas fiscais constantes nos demonstrativos que instruem este item da autuação.

Concluindo, diz que pelo que foi relatado, as operações de que trata este item foram realizadas sob o regime de diferimento, salientando que neste tipo de operação, se houver destaque do imposto no documento fiscal, este deverá estar acompanhado do respectivo DAE ou Certificado de Crédito, não importando que estas operações tenham sido realizadas sob o amparo do Protocolo ICMS Nº 19/99 (operações interestaduais) ou nas operações internas. Manteve na íntegra o seu procedimento fiscal.

INFRAÇÃO 2 – Argumenta que para fins de substituição tributária na comercialização com Óleo Diesel e Gasolina realizadas no Estado da Bahia, por determinação estabelecida em portaria ministerial que estabelecia o preço máximo a consumidor, por município, a base de cálculo a ser considerada será o menor preço máximo do produto praticado nos municípios situados no Estado da Bahia, que no caso era a cidade de Ilhéus. Diz que quando houver aumento de preço da Gasolina e do Óleo Diesel, o contribuinte deverá complementar a retenção do ICMS, considerando-se a diferença entre o menor valor estabelecido anteriormente e o menor valor estabelecido através de portaria ministerial para ser praticado, conforme previsto no artigo 512, § 4º, 512-B, do RICMS/97.

INFRAÇÃO 3 – Foi considerado pelo autuante que a defesa não observou que a disposição contida na Lei Complementar nº 87/96 é anterior aos exercícios examinados. Interpretando o inciso II, do artigo 8º da LC nº 87/96, destacou que a expressão “*e de outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente ou tomador do serviço*” alcança não somente a COFINS, mas também qualquer outra verba, outro encargo qualquer que porventura seja transferível ao adquirente das mercadorias ou tomador dos serviços. Teceu algumas considerações sobre a hierarquia formal das normas jurídicas e da forma como se dá a sua alteração. Assevera que é a LC 87/96 que fixa a base de cálculo para efeitos de substituição tributária do ICMS, e que a inserção do termo “contribuições” pelo Convênio ICMS Nº 138/01 visou apenas explicitar a exigência da inclusão dos valores a estas relativos.

INFRAÇÃO 4 – Foi salientado que o autuado alegou que efetuou o recolhimento com base nas margens de valor agregado estabelecidas pelo Convênio ICMS Nº 84/2002. Diz que com essa alegação, foi reconhecido que a diferença apontada foi apurada com base nos percentuais de margem de valor agregado consignados no Convênio ICMS Nº 91/2002, editado, publicado e retificado nas mesmas datas do Convênio ICMS Nº 84/2002. Desta forma, mantém seu procedimento fiscal por entender que a publicação do Convênio ICMS Nº 91/2002 é posterior ao Convênio ICMS Nº 84/2002, estando previsto como início para a aplicação da nova MVA a partir de 05/07/2002, e não a partir de agosto de 2002, como pretende o autuado.

INFRAÇÃO 5 – Esclarece que na substituição tributária relativamente às operações de comercialização de Óleo Diesel realizadas no Estado da Bahia, por determinação estabelecida em portaria ministerial que estabelecia preço máximo a consumidor, por município, a base de cálculo a ser considerada, era o Menor Preço Máximo do produto, praticado nos municípios situados no Estado da Bahia, que no caso era a cidade de Ilhéus.

A título de demonstração, tomando por base o preço do Óleo Diesel praticado no Estado da Bahia, num determinado período de apuração, cujo preço máximo seja de R\$ 0,844 observado em relação ao município de Feira de Santana e o preço mínimo de R\$ 0,835 praticado no município de Ilhéus, quando a refinaria comercializar o produto para a distribuidora, fará a retenção tomando por base de cálculo o menor valor considerado (R\$ 0,835). Quando o distribuidor revender o produto para um comerciante situado no município de Feira de Santana, deverá complementar a retenção do ICMS, considerando-se a diferença entre o maior e o menor preço praticado. Conclui que a distribuidora deverá complementar a diferença do recolhimento feito pela refinaria, a título de substituição tributária, correspondente à base de cálculo de 0,009, que é a diferença entre o maior e o menor preço praticado no mercado baiano, em relação ao produto considerado para comercialização em Feira de Santana.

Com esse exemplo, o preposto fiscal diz que, conforme demonstrativos às fls. 75 a 76 dos autos, esse foi o procedimento adotado para apuração do débito deste item, nos termos do artigo 512, § 6º, 512-A, 512-B, do RICMS/97.

INFRAÇÃO 6 – Diz que a defesa apresentou alguns posicionamentos doutrinários para elidir a acusação fiscal, porém, a tese esboçada pelo autuado não vem sendo acolhida no CONSEF, citando o Acórdão CJF nº 0149/99 que considerou procedente a exigência fiscal a título de diferença de alíquota na transferência de bens do ativo fixo entre estabelecimentos, por entender que se trata de transferência em caráter definitivo.

INFRAÇÃO 7 – Assinala que os materiais destinados ao uso ou consumo do estabelecimento, quando adquiridos em outras unidades da Federação, por expressa determinação da Lei Complementar nº 87/96 e suas alterações posteriores, somente poderão gerar créditos fiscais, a partir de 01/01/2007. Assim, sustenta que além da vedação dos créditos fiscais por parte do contribuinte adquirente, implica obrigação de que este mesmo contribuinte faça a complementação da diferença existente entre a alíquota destacada na nota fiscal e a alíquota de 17% para as operações internas neste Estado.

INFRAÇÃO 8 – Ressalta que os comentários apresentados na infração 07 servem para este item da autuação, tendo em vista a estreita ligação entre estes dois itens, haja vista a vedação do aproveitamento de créditos fiscais decorrentes da aquisição de materiais destinados ao uso e consumo do estabelecimento no artigo 97, I, do RICMS/97.

O julgador de Primeira Instância emitiu o seguinte voto:

“Analisando a alegação defensiva de decadência do crédito tributário, relativo aos fatos geradores ocorridos no ano de 1999, observo que não assiste razão ao autuado, pois o parágrafo único do artigo 173, do CTN, deixa claro que o prazo definitivo para constituição do crédito tributário extingue-se após cinco anos contados da data em que tenha sido iniciada a referida constituição pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento. No caso presente, o lançamento de ofício foi constituído a partir da ciência do Auto de Infração no dia 30/09/2004, e desse modo, o primeiro dia do exercício seguinte foi 01/01/2000, contando daí o prazo decadencial, incorrendo, assim, a alegada decadência do crédito tributário, nos termos artigo 965, I, do RICMS/97. Do que se conclui que o direito de o Estado constituir o crédito tributário, mediante o lançamento, ainda não estava decaído.

No mérito, da análise das peças processuais, concluo o seguinte.

INFRAÇÃO 01

O fato que originou este item faz referência a crédito fiscal indevido, no total de R\$ 70.811,93, nas aquisições de Álcool Hidratado Carburante adquirido em outras Unidades da Federação, sujeito ao regime de diferimento, e sem o comprovante de recolhimento, relativo aos meses de outubro e novembro de 1999, março, abril, julho, setembro a novembro de 2000, dezembro de 2001, novembro de 2002, novembro e dezembro de 2003, conforme demonstrativos e documentos às fls. 15 a 61.

O autuado concentrou sua defesa na alegação de que várias operações não são alcançadas pela sistemática do diferimento, apontando: a) inclusão de notas fiscais relativas a transferências internas entre estabelecimentos da empresa; b) que a sistemática tributária do diferimento advinda do Protocolo ICMS Nº 19/99, de 22/10/99, incorporada ao RICMS/BA através do Decreto nº 7.725 de 28/12/99, somente entrou em vigor a partir do dia 01/01/2000, nos termos da Cláusula sexta do Protocolo ICMS Nº 31/99; c) que parte dos documentos fiscais tratam de operações envolvendo remetente (destilaria) do Estado de Alagoas, as quais, foram realizadas sem o diferimento do ICMS em consequência de ordem judicial exarada pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública do Estado de Alagoas – Comarca de Maceió, nos autos de Mandado de Segurança nº 2063-0/2000 objeto do Ofício nº 62/2000 (docs. fls. 146 a 156).

Sobre a última questão, ressaltou que foi formalmente notificado, através do Ofício nº 62/2000, de 29/02/2000 da 2ª Vara da Fazenda Pública do Estado de Alagoas, da concessão de liminar nos autos do mencionado Mandado de Segurança em favor da empresa Cooperativa de Colonização Agropecuária e Industrial Pindorama Ltda (CNPJ nº 12.229.753/0001-52), no sentido de que a referida empresa se encontrava amparada judicialmente para efetuar operações de saídas de AEHC sem a observância do diferimento e da substituição tributária.

Analizando as alegações defensivas, verifico que os lançamentos provenientes de operações internas envolvendo – transferências entre estabelecimentos filiais da empresa (CFOP 1.22) inseridos no Anexo I (fls. 15 a 19), conforme demonstrativo abaixo, não eram alcançados pela sistemática do diferimento, pois, tratando-se de operações internas, não se aplica a exigência contida no item 5.2 da alínea “c” do inciso III do art. 511 do RICMS, que se refere unicamente às operações interestaduais envolvendo os Estados especificados na alínea “c”. Portanto, considerando que a acusação fiscal diz respeito a álcool etílico hidratado procedente de outros Estados, devem ser excluídas deste item as notas fiscais constantes no quadro abaixo.

CNPJ Nº	NF Nº	UF	DATA	CFOP	B.CÁLCULO	VL. ICMS
33.337.122/0071-300	7584	BA	24/11/2000	122	12.078,00	3.019,50
33.337.122/0071-300	7677	BA	27/11/2000	122	12.078,00	3.019,50
33.337.122/0071-300	8873	BA	28/4/2000	122	12.078,00	3.019,50
33.337.122/0071-300	12397	BA	26/7/2000	122	12.078,00	3.019,50
33.337.122/0071-300	14459	BA	13/9/2000	122	12.480,60	3.120,15
33.337.122/0071-300	14636	BA	18/9/2000	122	12.078,00	3.019,50
33.337.122/0071-300	14823	BA	20/9/2000	122	12.480,60	3.120,15
33.337.122/0071-300	15435	BA	2/10/2000	122	12.078,00	3.019,50
33.337.122/0071-300	15810	BA	10/10/2000	122	12.883,20	3.220,80
33.337.122/0071-300	15822	BA	10/10/2000	122	12.078,00	3.019,50
33.337.122/0071-300	17298	BA	13/11/2000	122	12.078,00	3.019,50
33.337.122/0071-300	17451	BA	16/11/2000	122	12.883,20	3.220,80
33.337.122/0071-300	17724	BA	22/11/2000	122	12.480,60	3.120,15
33.337.122/0071-300	31971	BA	20/12/2001	122	6.300,00	1.575,00
33.337.122/0071-300	31664	BA	12/12/2001	122	6.300,00	1.575,00
TOTAIS					172.432,20	43.108,05

Quanto às notas fiscais constantes no quadro abaixo, tendo em vista que a sistemática tributária do diferimento advinda do Protocolo ICMS Nº 19/99, de 22/10/99, incorporada ao RICMS/BA através do Decreto nº 7.725 de 28/12/99, somente entrou em vigor a partir do dia 01/01/2000, nos termos da Cláusula sexta do Protocolo ICMS Nº 31/99, considero também indevida esta parte da exigência fiscal.

CNPJ Nº	NF Nº	UF	DATA	CFOP	B.CÁLCULO	VL. ICMS
33.337.122/0071-30	2509	BA	27/10/1999	122	9.000,00	2.250,00
33.337.122/0071-30	2510	BA	27/10/1999	122	9.300,00	2.325,00
33.337.122/0071-30	2699	BA	29/10/2000	122	3.000,00	750,00
12.400.388/0001-05	2742	BA	5/10/1999	122	10.440,23	1.252,83
12.400.388/0001-05	2743	BA	5/10/1999	122	10.451,85	1.254,22
12.400.388/0001-05	2751	BA	7/10/1999	122	10.451,85	1.254,22
12.400.388/0001-05	2754	BA	8/10/1999	122	10.818,92	1.298,27
12.400.388/0001-05	2772	BA	13/10/1999	122	10.469,82	1.256,38
12.400.388/0001-05	2787	BA	14/10/1999	122	10.475,10	1.257,01
33.337.122/0071-30	5352	BA	29/10/1999	122	1.380,00	165,60
33.337.122/0071-30	2717	BA	1/11/1999	122	9.300,00	2.325,00
TOTAIS					95.087,77	15.388,53

Com relação ao último argumento defensivo, inerente a alegação de que as operações realizadas por empresa no Estado de Alagoas estavam amparadas por Mandados de Segurança, considerando que esta questão já foi objeto de outro Auto de Infração em nome do mesmo estabelecimento, sendo julgada procedente, por maioria, com base no entendimento de que a liminar concedida àquele Estado não tem o condão de atingir o fisco

baiano pelo princípio da territorialidade e da jurisdição, cujos efeitos ficam restritos ao Estado de Alagoas, ressaltando-se que o Estado de Alagoas, deliberadamente assinou o Protocolo ICMS N° 19/91, no qual foi acordado que nas operações com álcool hidratado proveniente de usinas, destilarias ou importadores, localizados em Estados signatários, o imposto fica diferido para o momento em que ocorrer a entrada da mercadoria na distribuidora.

Desta forma, para que o autuado, na condição de distribuidora utilizasse como crédito fiscal, o imposto diferido, seria necessário que estivesse de posse da GNRE devidamente recolhido, conforme exige o item “5.2” do artigo 511, inciso II, alínea “c”, item “1”, do RICMS/97, concluso pela procedência deste item.

INFRAÇÃO 02

Faz referência à falta de recolhimento de ICMS, no valor de R\$ 13.777,22, a título de complementação referente a substituição tributária de Gasolina e Óleo Diesel em virtude de aumento de preço dos produtos estabelecido por Portaria interministerial, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas de gasolina e óleo diesel para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de março, abril, junho de 1999 e fevereiro de 2000, correspondente ao aumento de preço estabelecido por portaria ministerial, nos termos do artigo 512-B, § 4º, inciso II, alínea “a” do RICMS/97, conforme demonstrativo à fl. 63.

Na defesa fiscal foi argüido que na data dos fatos geradores não havia nenhuma previsão legal na legislação baiana quanto a incidência do ICMS na hipótese acima, pois somente com a edição do Decreto n° 7.691 de 03/11/99 foi inserida no RICMS/BA, e com base no princípio da legalidade e da irretroatividade tributárias (arts. 3º e 142, do CTN), requereu a exclusão dos valores relativos aos fatos geradores dos meses de março, abril e junho de 1999.

Observo que não assiste razão ao autuado, tendo em vista que para fins de substituição tributária na comercialização com Óleo Diesel e Gasolina realizadas no Estado da Bahia, por determinação estabelecida em portaria ministerial que estabelecia o preço máximo a consumidor, por município, a base de cálculo a ser considerada, será o menor preço máximo do produto praticado nos municípios situados no Estado da Bahia. No presente caso, é devida a complementação da retenção do ICMS, tomando por base o município de Ilhéus, conforme previsão legal no artigo 512, § 4º, 512-B, do RICMS/97.

Quanto ao débito no valor de R\$ 930,43, data de ocorrência 28/02/2000, considerando que o mesmo já havia sido recolhido pelo contribuinte, conforme comprovante à fl. 196, é devida a exclusão da exigência fiscal, pois o autuante teve conhecimento do mesmo e não se manifestou.

INFRAÇÃO 03

Trata-se de retenção e recolhimento de ICMS-ST efetuado a menos, no valor de R\$ 20.867,00, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas de álcool hidratado carburante, em razão da não inclusão do PIS/COFINS na base de cálculo, referente ao período de janeiro de 1999 a novembro de 2000 através das notas fiscais relacionadas às fls. 65 a 72.

A alegação defensiva é de que à época dos fatos geradores não existia previsão nem no Convênio ICMS n° 105/92 (redação dada pelos Convênios ICMS N° 28/96 e 31/97), nem na LC 87/96, para se incluir o PIS e o COFINS na base cálculo do ICMS-ST, tendo salientado que tais contribuições passaram a serem contempladas na base de cálculo do ICMS-ST a partir de janeiro de 2002, após a publicação do Convênio ICMS n° 138/2001, publicado no DOU de 29/12/2001 (vigência a partir de janeiro de 2002), através do qual foram alteradas as regras do Convênio ICMS n° 03/99.

Observo que não deve ser acatado o argumento defensivo, tendo em vista que os critérios a serem observados no cálculo do ICMS pelo regime de substituição tributária por antecipação encontram-se no inciso II do artigo 23 da Lei n° 7.014/96, em cuja alínea “b”, estabelece que sejam adicionados às parcelas relativas ao montante dos valores do seguro, frete, IPI e outros

encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço, entendendo-se como outros encargos quaisquer tributos, inclusive contribuições, que por força de lei seja atribuída ao emitente do documento fiscal na operação que realizar. Concluo pela procedência desta infração.

INFRAÇÃO 04

Retenção e recolhimento de ICMS efetuados a menos, no valor de R\$ 865,36, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas de álcool hidratado carburante, referente ao mês de julho de 2002, conforme demonstrativo à fl. 74.

A controvérsia entre o argumento defensivo para a autuação reside no fato de que o estabelecimento efetuou o recolhimento do ICMS-ST nas operações com Álcool Hidratado Carburante com base nas margens de valor agregado estabelecidas pelo Convênio ICMS nº 84/2002, em seu Anexo I, enquanto que o autuante apurou diferença por ter utilizado os percentuais de margem de valor agregado consignados no Convênio ICMS nº 91/2002.

Considero correto o procedimento do autuante, tendo em vista que o Convênio ICMS Nº 91/2002, editado, publicado e retificado nas mesmas datas do Convênio ICMS Nº 84/2002, realmente é posterior ao Convênio ICMS Nº 84/2002, estando previsto como início para a aplicação da nova MVA a partir de 05/07/2002, e as datas de emissão das notas fiscais objeto da autuação remontam o mês julho de 2002 (a partir de 05/07), conforme demonstrado à fl. 74 dos autos.

Portanto, com o advento da nova sistemática estabelecida no Convênio ICMS Nº 91/2002, a partir de 05/07/2002, não há porque se falar em conflitos de normas.

INFRAÇÃO 05

O fundamento desta infração diz respeito a retenção e recolhimento de ICMS efetuados a menos, no valor de R\$ 414,52, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas de óleo diesel, em razão da diferença entre o menor preço máximo e o preço de venda do município onde efetivamente ocorreu a venda para posto de gasolina, conforme demonstrativo à fl. 76.

O autuado discordou da autuação com base na alegação de que de acordo com a legislação tributária vigente à época (Cláusula Segunda do Convênio ICMS nº 13, de 21/03/1997), estabelece que não caberá a restituição ou cobrança complementar quando a operação subsequente à cobrança do imposto por substituição tributária se realizar com valor superior ou inferior à base de cálculo estabelecida pela Lei Complementar nº 87/96.

Informou que no período de 01/01/99 a 31/12/2003, a Cláusula II do referido Convênio esteve em pleno vigor, regulamentando as relações jurídicas dela decorrentes, a qual, teve sua constitucionalidade declarada pelo Egrégio STF ao julgar a ADIN nº 1851-5, impetrada pela Confederação Nacional do Comércio – CNC, cujo Secretário da Fazenda do Estado da Bahia foi também parte requerida.

Finaliza dizendo nas operações em discussão o contribuinte do ICMS, a título de substituição tributária foi, e continua sendo, exclusivamente, a Petrobrás com produtora de Óleo Diesel.

O autuante, por seu turno, esclareceu que na substituição tributária relativamente às operações de comercialização de Óleo Diesel realizadas no Estado da Bahia, por determinação estabelecida em portaria ministerial que estabelecia preço máximo a consumidor, por município, a base de cálculo a ser considerada, era o Menor Preço Máximo do produto, praticado nos municípios situados no Estado da Bahia, que no caso era a cidade de Ilhéus.

Considerando que, a exemplo dos dois itens anteriores, a questão discutida neste item também foi objeto de julgamento por esta Junta, relativamente ao Auto de Infração nº 206941.0001/04-8 (Acórdão JJF nº 0446-02/04), e tendo em vista que trata do exercício de 2000, conluso pela procedência da infração, uma vez que foi decidido por unanimidade que a acusação fiscal encontra amparo no § 4º do artigo 512-B do RICMS/97, cujas conclusões do

Relator no citado processo foram devidamente examinadas e acolhidas, as quais, tomo para o presente voto, que assim concluiu:

“No Auto de Infração, o fato foi tipificado no art. 126, I, e no art. 512-A do RICMS/97. O art. 126 cuida simplesmente de prazo. Resta então analisar o outro dispositivo dado como infringido.

Para se compreender a evolução das regras atinentes à questão posta em discussão, cumpre dizer que o art. 512 foi revogado em 3/11/99 (Alteração nº 13) e o art. 512-A foi objeto de várias alterações, vindo ainda a ser criado o art. 512-B. Na verdade, a disciplina da matéria em questão não está no art. 512-A, mas no art. 512-B.

Evidentemente, há que se analisar os fatos à luz do texto regulamentar vigente à época dos fatos objeto do levantamento, considerados de per si. Nesse sentido, cumpre assinalar que o levantamento compreende o exercício de 2000. Resta então estabelecer qual a previsão regulamentar do lançamento em apreço no exercício de 2000.

Originariamente, a matéria em questão era prevista no § 6º do art. 512.

No entanto, esse dispositivo foi revogado, juntamente com todo o art. 512, em novembro de 1999.

O art. 512-A, dado como infringido pelo fiscal autuante, é composto de incisos, alíneas, itens e parágrafos, que por sua vez se desdobram em incisos, alíneas e itens. A tipificação foi feita de forma muito vaga. O § 5º manda que se observe, neste caso, a regra do § 4º do art. 512-B.

Em suma, a diferença objeto do lançamento do item 3º do presente Auto de Infração é prevista no § 4º do art. 512-B do RICMS/97.

A defesa considera que o débito lançado no 3º item deste Auto de Infração tem algo a ver com a Decisão da ADIN nº 1851-5, pelo STF. Note-se que o STF julgou constitucional a cláusula segunda do Convênio ICMS N° 13/97, segundo a qual não caberá restituição ou cobrança complementar do ICMS quando a operação subsequente à cobrança do imposto por substituição tributária se realizar com valor inferior ou superior àquele estabelecido com base no art. 8º da Lei Complementar nº 87/96. Essa orientação veio ao encontro de entendimento já exarado há muito tempo no art. 356 do RICMS/97. Porém, no caso em exame, o dispositivo assinalado – § 4º do art. 512-B do RICMS/97 - encontrava-se em vigor por ocasião dos fatos objeto da ação fiscal. Este órgão julgador não tem competência para apreciar a legalidade ou constitucionalidade do direito posto.

Mantenho o lançamento de que cuida o item 3º do Auto de Infração em análise.”.

Subsiste este item da autuação.

INFRAÇÃO 06

Este item exige o valor de R\$ 256,45, sob acusação da falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, conforme demonstrativo à fl. 78.

O autuado em sua defesa alega que não se trata de aquisição de mercadoria, mas sim, de operação interestadual de transferência de bens do ativo fixo, oriunda de seu estabelecimento situado no município de Recife/Pe, conforme nota fiscal à fl. 192, e não tem natureza mercantil, pois não ocorreu mudança de titularidade desses bens.

Analizando-se a questão à luz do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, já que o fato gerador de que cuida esta infração remonta o período de dezembro de 2001, conlui com base no artigo 5º, I, que ocorre o fato gerador para fins de pagamento da diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais de bens do ativo fixo, no momento da entrada no estabelecimento do contribuinte, entendendo-se como entradas as compras ou transferências.

Cumpre observar que a jurisprudência no CONSEF é no sentido de que é devida a cobrança do diferencial de alíquotas nas transferências, dada a autonomia dos estabelecimentos e a

transferência em caráter definitivo, inclusive existem algumas ações cautelares e declaratórias que foram ajuizadas, impetradas por outros contribuintes, porém não foram confirmadas pelo Estado da Bahia. Assim, subsiste a infração.

INFRAÇÃO 07

O débito deste item diz respeito a ICMS no valor de R\$ 321,68, correspondente a diferença entre as alíquotas interna e interestadual, relativamente a aquisição interestadual de mercadoria para uso/consumo através da Nota Fiscal nº 006187, emitida em 07/12/2001, cujo cálculo encontra-se devidamente demonstrado à fl. 80.

Foi alegado na defesa que a mercadoria se refere a brindes. Analisando a referida nota fiscal (doc. fl. 193), observo que se trata de calendários de parede e de mesa, cujas mercadorias além de se enquadrarem no conceito de brindes, não sujeitas ao pagamento da diferença de alíquotas, o autuado trouxe aos autos cópias de notas fiscais de saídas nºs 3604, 3605, 3607 e 3651, emitidas no mês de janeiro de 2002, destes produtos, onde se verifica que foi devidamente debitado o imposto incidente em tal operação, conforme documentos às fls. 194 a 195. Não subsiste a infração, pois restou comprovado que o estabelecimento obedeceu às disposições previstas nos artigos 566 e 567 do RICMS/97.

INFRAÇÃO 08

A exigência fiscal deste item diz respeito ao crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 195,80, no mês de dezembro de 2001, destacado na Nota Fiscal nº 006187, que foi considerado indevido por entender o autuante que se tratava de aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento.

Pelo que se vê o crédito considerado indevido encontra-se destacado na mesma nota fiscal que serviu de base a infração 07. Pelos comentários anteriores, foi verificado que a mercadoria não foi adquirida para uso ou consumo do estabelecimento, não sendo devida a cobrança do imposto a título de diferença de alíquota, por se tratar de brindes. Desse modo, o estabelecimento tem direito à apropriação do crédito fiscal, cuja mercadoria foi objeto de saída tributada, o que torna este item improcedente.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 47.568,27, conforme demonstrativo de débito abaixo.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO

Data Ocorr.	Data Venc.	B. de Cálculo	Aliq.	Multa	Valor	Infração
30/11/2002	9/12/2002	42.912,94	17	60	7.295,20	1
30/11/2003	9/12/2003	15.045,29	17	60	2.557,70	1
31/12/2003	9/1/2003	14.501,47	17	60	2.465,25	1
31/3/1999	9/4/1999	23.272,53	17	60	3.956,33	2
30/4/1999	9/5/1999	16.211,76	17	60	2.756,00	2
30/6/1999	9/7/1999	36.085,06	17	60	6.134,46	2
30/6/2000	9/7/2000	8.041,94	17	60	1.367,13	3
31/7/2000	9/8/2000	7.207,06	17	60	1.225,20	3
31/8/2000	9/9/2000	7.837,35	17	60	1.332,35	3
30/9/2000	9/10/2000	7.852,59	17	60	1.334,94	3
31/10/2000	9/11/2000	5.364,76	17	60	912,01	3
30/11/2000	9/12/2000	7.101,82	17	60	1.207,31	3
31/1/1999	9/2/1999	5.633,29	17	60	957,66	3
28/2/1999	9/3/1999	3.800,06	17	60	646,01	3
31/3/1999	9/4/1999	4.652,94	17	60	791,00	3
30/4/1999	9/5/1999	3.308,41	17	60	562,43	3
31/5/1999	9/6/1999	2.918,35	17	60	496,12	3
30/6/1999	9/7/1999	5.859,35	17	60	996,09	3
31/7/1999	9/8/1999	5.445,94	17	60	925,81	3
31/8/1999	9/9/1999	5.430,65	17	60	923,21	3
30/9/1999	9/10/1999	5.308,71	17	60	902,48	3
31/10/1999	9/11/1999	6.547,24	17	60	1.113,03	3

30/11/1999	9/12/1999	7.033,88	17	60	1.195,76	3
31/12/1999	9/1/2000	3.524,35	17	60	599,14	3
31/1/2000	9/2/2000	3.503,12	17	60	595,53	3
29/2/2000	9/3/2000	3.972,35	17	60	675,30	3
31/3/2000	9/4/2000	3.945,00	17	60	670,65	3
30/4/2000	9/5/2000	5.442,18	17	60	925,17	3
31/5/2000	9/6/2000	3.015,71	17	60	512,67	3
31/7/2002	9/8/2002	5.090,35	17	60	865,36	4
31/3/2000	9/4/2000	1.009,53	17	60	171,62	5
30/4/2000	9/5/2000	982,82	17	60	167,08	5
31/5/2000	9/6/2000	60,00	17	60	10,20	5
30/6/2000	9/7/2000	45,00	17	60	7,65	5
31/7/2000	9/8/2000	45,00	17	60	7,65	5
31/8/2000	9/9/2000	206,00	17	60	35,02	5
30/9/2000	9/10/2000	90,00	17	60	15,30	5
31/12/2001	9/1/2002	1.508,53	17	60	256,45	6
TOTAL DO DÉBITO					47.568,27	

Em seu Recurso Voluntário o recorrente reitera, inicialmente, seja acolhida a preliminar de decadência, com o pedido de reconhecimento dos créditos relativos ao período de 01/10/99 a 29/09/99, com fundamento no art. 156, V, do CTN.

No mérito, requer a reforma parcial da Decisão *a quo*, reproduzindo basicamente as alegações constantes de sua defesa.

INFRAÇÃO 1 – Diz que, no concernente às operações envolvendo remetente (destilaria) do Estado de Alagoas, carece de reforma a Decisão recorrida, pois foram realizadas sem o deferimento do ICMS, em consequência de ordem judicial, em autos de Mandado de Segurança, conforme consignado pelo fornecedor em suas notas fiscais, Decisão que o recorrente não poderia se esquivar. Acrescenta que O ICMS foi pago diretamente pelo fornecedor e o produto revendido aos postos do Estão da Bahia com incidência normal do ICMS, alem da substituição tributária de que trata o art. 512-A do RICMS/BA, pelo que não houve crédito indevido.

INFRAÇÃO 2 – Ressalta que o julgador de primeira instância olvidou-se que os fatos devem ser analisados com base legislação vigente à época dos acontecimentos, sendo certo que nas datas que discrimina, não havia nenhuma previsão legal na legislação baiana quanto à incidência do ICMS em hipótese de tal natureza. Requer a total improcedência desse item.

INFRAÇÃO 3 – Afirma que o Convênio ICMS 105/92 (redação dada pelos Convênios 28/96 e 31/97), vigente à época do período fiscalizado, dos quais a Bahia foi signatária, e cujas normas foram incorporadas à legislação baiana, não previa a inclusão do PIS e da COFINS ST, devidos pela revenda, na base de cálculo do ICMS apurado através do regime ST, até porque a base de cálculo presumida é fixada pelo próprio poder público.

INFRAÇÃO 4 – Alega que a infração é totalmente improcedente, haja vista que o recolhimento foi efetuado com base nas margens de valor agregado estabelecidas pelo Convênio ICMS nº 84/2002, em seu Anexo I. A diferença apontada pela fiscalização encontra lugar nos percentuais de margem de valor agregado consignados no Convênio nº 91/2002, o qual fora editado, publicado e retificado nas mesmas datas do Convenio nº 84/2002. No aparente conflito existente em normas do mesmo poder de mando deve ser prevalecer aquela mais favorável ao contribuinte.

INFRAÇÃO 5 – Diz que o fundamento dessa autuação seria o fato do recorrente não ter considerado, para efeito da base de cálculo da substituição tributária, o preço máximo do óleo diesel fixado pela autoridade competente para cada município, entendendo que o referido preço deveria ser complementado. Diz que tal alegação é totalmente improcedente, e transcreve a cláusula segunda do Convenio nº 13/97, dizendo ser clara a regra ali estabelecida, qual seja, de que não caberá a restituição ou cobrança complementar quando a operação subsequente à cobrança do imposto, por substituição tributária se realizar com valor superior ou inferior à base de cálculo estabelecida pela LC nº 87/96.

INFRAÇÃO 6 – Diz que no caso não se trata de mercadoria adquirida para o ativo fixo, mas de operação de transferência de bens de ativo fixo do recorrente, oriundos de seu estabelecimento situado em Recife. Para haver circulação de mercadoria, fato gerador de ICMS e sobre o qual recaia cobrança do imposto, faz-se necessário que haja a mudança de proprietário ou possuidor, conceito pacífico na Doutrina e Jurisprudência.

A PGE/PROFIS em seu Parecer, após uma breve análise das alegações brandidas no Recurso Voluntário, opina pelo seu Improvimento, como a seguir:

“I – DECADÊNCIA – Não há como aceder à tese da defesa, pois a jurisprudência tem sido no sentido de que, no caso de tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo quinquenal de decadência somente se inicia no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que expirou o prazo para a homologação expressa pelo Fisco.

II – INFRAÇÃO 01 – Apreende impertinente a alegação de que liminar concedida em outra unidade da federação teria o condão de impedir a concreção do regime de substituição tributária e, por conseguinte, forçar a utilização do regime normal de tributação, principalmente face ao princípio da territorialidade e, outrossim, face ao princípio federativo. E ainda, por se tratar o direito posto à análise jurisdicional um direito de natureza individual, vinculando seus efeitos a tão-somente às partes estabelecidas na relação de direito processual.

III - INFRAÇÃO 02 – No tocante a esta alegação do recorrente, igualmente, não merece melhor guarida, pois, conforme se pode verificar da Portaria Ministerial que restabelecia o preço máximo do produto praticado nos municípios situados no Estado da Bahia, estando plenamente eficaz à época da autuação, conforme o preconizado no art. 512 do RICMS/97.

IV – INFRAÇÃO 03 - Não tem razão a suplicante, pois a LC 87/96 estabeleceu, com arrimo no art. 46 da CF/88, que para fins de substituição tributária, inclusive a título de antecipação, o elemento quantitativo do fato gerador do imposto, em relação às operações ou prestações subsequentes de circulação de mercadorias, seria formado pelas seguintes parcelas: a) frete; b) seguro; c) IPI; d) outros encargos cobrados ou transferidos aos adquirentes ou tomadores dos serviços. O art. 512B, IV, “a” do RICMS/96, vigente à época dos fatos geradores do presente auto, que prescreveu claramente como elemento formador da base de cálculo do ICMS o valor relativo aos encargos e impostos transferíveis ou cobrados dos destinatários do álcool hidratado combustível.

V – INFRAÇÃO 04 – Não há que se falar nem na existência da norma prevista no Convênio 84/02, e muito menos de um possível conflito aparente de normas, pois, como atesta a numeração dos dois Convênios, o numerado sob a epígrafe do Convenio ICMS 91/02, revogou completamente o Convenio anterior, mesmo que editado no mesmo dia. Assim, não há como emprestar guarida à tese do autuado.

VI – INFRAÇÃO 05 – O julgamento da constitucionalidade de determinada norma desborda à competência do órgão julgador fiscal.

VII – INFRAÇÃO 07 - Não encarece de acolhida à tese ventilada pelo recorrente, pois as operações de transferência de bens do ativo fixo entre o mesmo contribuinte situado em estados diferentes, foi eleita pelo legislador como fato gerador de ICMS, por conta da autonomia dos estabelecimentos previstos na LC e a transferência definitiva dos mesmos.”

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de decadência argüida pelo recorrente, pois, a legislação estadual estabelece em seu art. 965, I, que o direito da Fazenda em constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de cinco anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

INFRAÇÃO 1 – Entendo como correto o posicionamento do recorrente, ao alegar que as operações com mercadorias provenientes do Estado de Alagoas foram realizadas sem o deferimento do ICMS em consequência do cumprimento de ordem judicial em autos de Mandado

de Segurança, acrescentando que o imposto foi pago diretamente pelo fornecedor e o produto vendido na Bahia com a incidência normal do ICMS, além da substituição tributária de que trata o art. 512-A do RICMS/BA., não ocorrendo, portanto, crédito indevido.

INFRAÇÃO 2 – É devida a complementação da retenção do ICMS, tomando-se por base o município de Ilhéus, conforme estabelecido no arts. 512 § 4º e 512-B do RICMS/97. Procedente a autuação.

INFRAÇÃO 3 – À época dos fatos geradores a tributação do PIS/COFINS referente à comercialização de álcool hidratado era regulada pela redação original dos arts. 2º e 5º da Lei Federal nº 9.718/98 e pelo Convênio ICMS 03/99, que atribuíam aos remetentes de combustíveis e lubrificantes, situados em outros estados, a condição de contribuintes ou de sujeitos passivos por substituição, relativamente ao ICMS incidente sobre as operações com esses produtos. Pelo exposto, considero que a inclusão desses valores referentes ao PIS e à COFINS na base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária, no período em análise, caracteriza *bis in idem* e, por conseguinte, é indevido o débito ora exigido, merecendo reforma a decisão recorrida, neste item da autuação. Neste sentido tem decidido este Conselho de Fazenda, conforme Acórdãos nºs 0166-12/04 e 0048-11/05. Improcede, portanto, a autuação.

INFRAÇÃO 4 – Correta a autuação, pois o Convênio ICMS 91/02 é posterior ao Convênio nº 84/02, não havendo, portanto, o alegado conflito de normas. Procedente este item da autuação.

INFRAÇÃO 5 – O § 4º do art. 512-B encontrava-se em vigor no momento da ocorrência dos fatos objeto do Auto de Infração. Não é da competência deste Conselho apreciar a constitucionalidade da legislação estadual. Procede este item da autuação.

INFRAÇÃO 6 – Já se encontra pacificado no CONSEF a autonomia dos estabelecimentos de um mesmo proprietário para efeito da incidência tributária. Subsiste a autuação.

Quanto ao Recurso de Ofício acompanho em parte a Decisão da JJF, por entender integralmente improcedente a infração 1, que deve ser excluída da condenação.

Em face do exposto, dou PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário, devendo ser julgados improcedentes os itens 1 e 3 da autuação e, NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 206941.0009/04-9, lavrado contra **CHEVRON BRASIL LTDA. (TEXACO BRASIL LTDA.)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$14.383,12**, sendo R\$13.261,31, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e mais R\$1.121,81, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da lei retromencionada, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de fevereiro de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ - RELATOR

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