

PROCESSO - A. I. Nº 269139.0005/04-8
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e TOTAL DISTRIBUIDORA LTDA.
RECORRIDOS - TOTAL DISTRIBUIDORA LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3º JJF nº 0439-03/05
ORIGEM - COFEP – DAT/NORTE
INTERNET - 06/04/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0116-12/06

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) SEM A APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO COMPROBATÓRIO. Infração, não caracterizada. a.6) ESTORNO DE DÉBITO. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DÉBITO DO IMPOSTO. Infração insubsistente. Modificada a Decisão recorrida. Infração insubsistente. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS PARA O ATIVO PERMANENTE. MATERIAL DE CONSUMO. Modificada a Decisão recorrida. Infração insubsistente. 3. 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. 4. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO FISCAIS - DMA. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. MULTA. Infração não defendida. 5. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE INVENTÁRIO. FALTA DE APRESENTAÇÃO QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. MULTA. Infrações subsistentes. Rejeitado o pedido de diligência. Não acatadas as preliminares de nulidade. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão não unânime quanto à infração 14.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos Voluntário e de Ofício interpostos em face de Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração nº 2691390005/04-8, para condenar a apelante ao pagamento de R\$136.946,79, acrescido da multa de 60% e acessórios, além da multa de R\$1.130,00.

O Auto de Infração em lide, lavrado em 11/03/05, acusa as infrações descritas às fls. 1 a 8, e repetidas no Acórdão nº 0439-03/05, totalizando 17 acusações, assim especificadas:

1. 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 Documento 1 e 2.
2. 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, Documento 3 e 4.
3. 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.
4. 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.
5. Recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, referente à saída de Álcool Hidratado carburante, a título de empréstimo para comercialização, sem débito de ICMS, conforme Documento 7 e 8, com valor de R\$4.860,00.
6. 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 Documento 7 e 8, no valor de R\$1.540,13.
7. 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 Documento 9, 9A e 10, com valor de R\$22.421,51.
8. 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. 9, 9A e 10, com valor de R\$6.919,63.
9. 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 Documento 9, 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 Documento 9, 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 subseqüente (gasolina

aditivada) será sem a tributação do ICMS, conforme Documento 9, 9A e 10, com valor de R\$1.472,75.

12. Utilizou indevidamente, crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, referente a uso indevido de ICMS sobre transporte de material de consumo, conforme Documento 9, 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 Documento 9, 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 Nota Fiscal de devolução nº 34435, de 24/02/2003, cuja emissão não houve destaque de ICMS, conforme Documento 1, 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 Documento 1 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 Documento 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.

Na peça impugnativa de fls. 387 a 407, sustenta o autuado em preliminar a nulidade da autuação, invocando o Princípio da Reserva Legal ou Estrita Legalidade, argüindo ainda a precariedade da subsunção ao RICMS/BA, o que teria inviabilizado o pleno exercício do direito de defesa.

Avançando no mérito, assegura a licitude da conduta empresarial, reconhecendo como devidas, contudo, parte da infração 1 e integralmente as infrações 3, 4, 9, 11, 12, 13, 16 e 17, perfazendo um total de R\$95.920,38, objeto de parcelamento. Contesta, desta forma, as infrações 1 (parcialmente), 2, 5, 6, 7, 8, 10, 14 e 15.

Impugna a infração 1, aduzindo que se trata de crédito fiscal relativo à aquisição de álcool hidratado, referente a imposto destacado na nota fiscal, o que tornaria legítima a utilização do crédito fiscal.

No que tange à infração 2, alegou o autuado que nas transferências interestaduais com álcool etílico hidratado carburante (AEHC), cujos remetentes sejam Usina, Destilatoria ou Importador, não há incidência dos parágrafos segundo e terceiro da cláusula terceira do Protocolo ICMS 19/99. Em relação às operações de compras de AEHC na Cooperativa de Colonização Agropecuária e Ind. Pindorama Ltda., apesar de reconhecer a transgressão ao Protocolo ICMS 19/99, entende devido o creditamento.

Em relação à infração 5, o autuado sustenta referir-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, não causando qualquer prejuízo ao Erário Público.

Ao contestar a infração 6, a instância '*a quo*' acatou as razões do autuado, ao fundamento consistente na inexistência do ICMS substituto nas operações entre distribuidoras.

Contrariando a infração 7, o autuado alude a 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", o que não invalida o seu direito ao crédito.

Ao rebater as acusações das infrações 8 e 10, vale-se o autuado dos mesmos argumentos utilizados para infirmar a infração 7, quais sejam, direito ao crédito decorrente do transporte de Alcool Anidro.

No que atine à infração 14, aduz o autuado que a Petrobrás faturou valores indevidos, sendo posteriormente restituído pela Petrobrás tais valores, abatidos o ICMS, gerando um crédito fiscal em seu favor de R\$4.998,04.

Os autuantes prestaram Informação Fiscal, às fls. 536 a 541, acatando parte das razões empresariais, pugnando, ao final, pela procedência parcial do Auto de Infração.

O autuante desqualifica a argumentação empresarial em relação à infração 1, aduzindo que o Protocolo 19/99 é inaplicável à espécie.

Reitera à infração 5 ao fundamento de que a saída a título de empréstimos é tributado na forma da lei.

A infração 14 subsiste pois, segundo o autuante, a operação descrita pelo autuado não consta amparo legal.

Sustenta a infração 15 sob a alegação do não cabimento ao creditamento, visto que trata-se de produto substituído, com fase de tributação encerrada.

A JJF decidiu converter o PAF em diligência, mediante despacho às fls. 578 e 579, para que os autuantes intimassem o autuado a apresentar documentação comprobatória de suas alegações.

Intimado o recorrente, cumpriu parcialmente os termos da intimação, exarando os autuantes novas conclusões sobre a fiscalização, às fls. 583 a 586.

Atendendo intimação da Inspetoria Fazendária de fl. 732 para manifestar-se sobre o resultado da diligência fiscal, aduziu o recorrente, às fls. 735 e 736, razões reiterativas de sua impugnação.

À fl. 740 os autuantes promoveram contrariedade aos argumentos empresariais, reiterando seus pronunciamentos anteriores.

A 3ª JJF, às fls. 749 a 763, julga Procedente em Parte o Auto de Infração, condenando o ora recorrente ao pagamento de R\$136.946, 79, acrescido dos acessórios legais, instaurando, ainda neste átimo, a instância recursal de ofício, 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.

Ressalta a JJF o reconhecimento pelo autuado das infrações 3, 4, 9, 11, 12, 13, 16 e 17, fundamentando a seguir sua Decisão.

A infração 1 foi julgada procedente em parte, concluindo a JJF que as mercadorias foram adquiridas com imposto normal e retido, e o contribuinte utilizou apenas o crédito do ICMS normal, conforme autoriza o art. 356, § 3º do RICMS/BA. Retifica o valor da autuação para R\$83.732,73.

Igualmente, a JJF julgou pela procedência parcial a infração 2, entendendo numa vertente que nas operações de transferências do autuado para a filial na Bahia, não sendo o remetente Usina, Destilaria ou Importador, não há que se falar em imposição do ICMS. Contudo, nas operações de aquisição de AHEC na Cooperativa de Colonização Agropecuária e Ind. Pindorama Ltda., sendo esta enquadrada como produtora, equiparada, portanto, a Usina ou Destilaria, a JJF decidiu o valor da autuação em o valor de R\$11.919,15, amparada na cláusula primeira do Protocolo ICMS 19/99.

Quanto à infração 5, a JJF condenou o autuado no valor de R\$4.860,00, entendendo que a operação da saída do estabelecimento autuado com destino a outro contribuinte distribuidor, mesmo a título de empréstimo, configura fato gerador do ICMS.

A infração 6 foi julgada improcedente pela JJF, fundamentada no descabimento da cobrança do ICMS substituto nas operações entre distribuidoras.

A instância primária julgou procedente em parte a infração 7, sustentada no resultado da diligência fiscal que certificou tratar-se de operação FOB, devendo o crédito fiscal respectivo ser lançado pelo estabelecimento destinatário das mercadorias, gerando direito à sua utilização. Afastou, assim, a exigência fiscal referente aos meses de julho, agosto, e setembro a dezembro/03, mantendo, contudo, a condenação de R\$144,00 relativo aos CTCs de nºs 6.190 e 6.192

no mês de janeiro/03 e R\$216,00 relativo aos CTCs de nºs 6.470, 6.491 e 6.402 no mês de abril/03, totalizando R\$360,00, conforme demonstrativo consignado no voto.

A JJF julgou improcedentes as infrações 8 e 10, por reconhecer tratar-se de operações interestaduais com combustíveis a preço FOB, o que garante o direito ao crédito fiscal sobre o serviço de transporte pelo estabelecimento destinatário das mercadorias.

A JJF não acatou as alegações empresárias, julgando procedente a infração 14, lastreada na ausência de garantias acerca do efetivo recolhimento do ICMS pela Petrobrás com base nos valores alegados na defesa. Corrobora a autuação, ao fundamento de que o contribuinte não observou as formalidades legais para o creditamento.

A JJF ao enfrentar o mérito da infração 15, fundamenta no sentido do não cabimento de creditamento por consta de alteração posterior na base impositiva do ICMS, quanto tratar-se de tributo recolhido por substituição.

A Decisão ‘*a quo*’ desafia Recursos de Ofício e Voluntário, aquele tempestivamente interposto às fls. 777 a 793, acompanhado de documentos de fls. 794 a 203.

Pretende o apelante a reforma parcial do Acórdão nº 0439-03/2005, alvejando pontualmente as infrações 02/05/14/15, para, adiante, alegar que o valor de R\$95.920,38 não foi abatido da condenação. Reitera no Recurso Voluntário, relativamente às infrações indicadas, as razões que sustentam sua defesa oposta na instância ‘*a quo*’.

Antes, porém, sustenta preliminar de nulidade, acusando a imprecisão na descrição do fato infracional e a capitulação legal equivocada, ensejando cerceamento ao direito à ampla defesa.

Dos capítulos da Decisão julgados contrários ao Fisco, a JJF impetrou Recurso de Ofício, na forma do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99.

Em relação à infração 2, reitera sua regular conduta, vez que pagou o ICMS destacados nas notas fiscais de vendas emitidas pela Cooperativa de Colonização Agropecuária e Industrial Ltda.

No que atine à infração 5, sustenta a incoincidência entre a descrição dos irregularidades e a realidade dos fatos. Adiante sustenta a licitude de postura empresarial, visto que a operação de empréstimos não se constitui em fato gerador ou hipótese de incidência do ICMS.

Quanto à infração 14 defende a legitimidade do estorno de ICMS, pois decorrente de restituição de valores a menor procedida pela Petrobrás.

No que respeita à infração 15 entende o recorrente a devida utilização de crédito fiscal pela aquisição de álcool anidro. Invoca as Portarias nºs 266/2002 e 17/2003, que tratam do percentual de álcool na gasolina. Elabora dois demonstrativos de débito adequando, segundo a perspectiva empresarial, a legislação vigente à época da consumação dos fatos geradores.

Por derradeiro, insurge-se contra o deferimento das multas previstas no art. 42, XX e XIII-A, “f”, da Lei nº 7.014/96, alegando a sua nulidade em virtude de ausência de fundamentos.

Encaminhados os autos do PAF à PGE/PROFIS, a Duta Procuradoria, dignamente representada pela Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, opina, às fls. 807 e 808, pelo Não Provimento do Recurso Voluntário argumentando em relação à infração 2 que o contribuinte não comprova o pagamento do ICMS através da GNER. A infração 5 subsiste, pois a legislação não prevê isenção, não incidência ou suspensão de ICMS para as operações de empréstimos. Mantém à infração 14 ao fundamento de ausência de previsão no que afeta a base de cálculo utilizada pela Petrobrás, mantém, também, a infração 15, pois ausente de previsão legal para a utilização do crédito.

VOTO

Em preliminar, o recorrente pugna pela nulidade do Auto de Infração por imperfeições insanáveis, tais quais a imprecisão na descrição do fato infracional e a capitulação equivocada, ensejando cerceamento ao direito à ampla defesa.

Ocorre, contudo, que a defesa de mérito contesta pontualmente as infrações a si dirigidas pelo respectivo Auto de Infração, em que pese arguição preliminar da nulidade. Pode-se depreender, assim, a plena compreensão do recorrente das acusações consignadas no Auto de Infração, tanto que, ao enfrentar o mérito da causa, colima a improcedência da autuação, na exata medida da oposição de fato extintivo/modificativo/impeditivo ao direito da cobrança do crédito tributário.

Não cabe declaração de nulidade sem demonstração inequívoca do prejuízo. No caso, não restaram evidenciadas a restrição nem a usurpação do direito à ampla defesa, pelo que rejeito a preliminar de nulidade.

O vertente Recurso Voluntário de fls. 777 a 793, prioritariamente em exame, limita seu objeto à impugnação do deferimento pelo 'a quo' das infrações 02/05/14/15 descritas no respectivo Auto de Infração.

No atinente à infração 2, a JJF decretou débito no patamar de R\$11.919,15, decorrente do emprego indevido de crédito fiscal pela aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades federadas sujeitas ao diferimento.

Rebate o recorrente, defendendo a licitude de sua conduta, mormente por utilizar crédito fiscal decorrente de valores efetivamente pagos e destacados nas nota fiscal de aquisição. Aduz ainda que a confessada inobservância do Protocolo 19/99, que impõe o recolhimento diferido para o momento da entrada no seu estabelecimento, não pode sustentar, neste caso, a condenação residual no importe de R\$11.919,15.

Entendo insubsistentes as razões de irresignação, vez que a cláusula primeira do Protocolo ICMS 19/99 equipara a Cooperativa de Colonização Agropecuária e Ind. Pindorama Ltda. a Usina ou Destilaria, produtor de álcool etílico hidratado carburante (AEHC), e, nesta qualidade, vendeu à Recorrente, através das Notas Fiscais nº 13994, 13995, 13996, 14020 e 14091, tais mercadorias.

Instado pela diligência fiscal realizada às fls. 578 e 579, o recorrente negligenciou a comprovação da sua inscrição no Estado de Alagoas, unidade federada de procedência do produto, na condição de sujeito passivo por substituição no respectivo cadastro de contribuintes, na forma imposta no § 2º da cláusula terceira do citado Protocolo. Incomprovada, portanto, a concretização de formalidade imperiosa imposta pelo Protocolo, injurídica a utilização dos respectivos créditos fiscais, pelo que mantenho a Decisão, neste particular.

Quanto à infração 5, arguiu preliminar de nulidade, por imprecisão na descrição do fato infracional e a capitulação equivocada, opondo adiante impugnação ao mérito da infração.

Não cabe declaração de nulidade sem demonstração inequívoca do prejuízo. No caso, não restaram evidenciadas a restrição nem a usurpação do direito à ampla defesa, pelo que rejeito a preliminar de nulidade.

No mérito, restou comprovada a saída do estabelecimento recorrente de 15.000 litros de AEHC a título de empréstimo em favor da SOLL DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO, sem destaque do ICMS devido.

A saída nestas condições ganha status de hipótese imponible do ICMS, pois a legislação, para estes casos, não prevê isenção, não incidência ou suspensão do ICMS. Não merece reparos a Decisão hostilizada.

No que respeita à infração 14, sustenta o recorrente que a Petrobrás praticou preços superiores aos indicados nas tabelas para a comercialização do óleo diesel, ensejando um pagamento indevido de R\$18.388,75, por si efetuado. Prossegue, aduzindo que a Petrobrás promoveu a restituição a menor, através da Nota Fiscal nº 101.019, em virtude da exclusão dos valores relativos ao ICMS normal e substituto.

Assiste razão ao recorrente. Comprovados nos autos os fatos alegados pelo recorrente, entendo lícita a utilização do crédito fiscal de R\$4.998,04, relativos ao ICMS efetivamente recolhido. Neste tópico, reformo a Decisão primária.

Impugnando a infração 15, que condenou o recorrente ao recolhimento de R\$20.019,22, relativo ao

mês de março/03, assenta o recorrente a legalidade da utilização dos créditos, vez que assumira ônus de tributação indevido na aquisição de Gasolina A. Neste período, o adicional de anidro alcançava 25%, tendo sido, logo em seguida, reduzido para 20%, ensejando um recolhimento de ICMS a maior, considerando que a tributação na entrada foi maior que na saída.

Invocando o Princípio Constitucional da Não-Cumulatividade, pede a reforma da Decisão '*a quo*'.

Entendo não assistir razão ao recorrente, pois a alteração posterior da base impositiva do ICMS não rende ensejo ao dever de complementação, nem de creditação, conforme resta pacificado no E. Supremo Tribunal Federal.

A JJF se houve, assim, com exação, mormente quando assenta a inexigência do ICMS quando da majoração do preço de aquisição de combustíveis tributados por antecipação.

Mantenho a Decisão.

Por derradeiro, pugna o recorrente pela nulidade da Decisão primária que aplicou as multas previstas no art. 42, XX, XIII-A, "f", da Lei nº 7014/96.

Ocorre que tais multas já foram recolhidas pelo recorrente, o que indica o pleno cabimento das mesmas. Prejudicado neste ponto o Recurso Voluntário, devendo seu recolhimento ser homologado.

Assim, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário de fls. 777 a 793, para excluir da condenação a infração 5, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos pelo recorrente.

Recorre de ofício a JJF prolatora da Decisão de fls. 749 a 763, vez que decretou improcedentes ou parcialmente procedentes as infrações 1, 2, 6, 7, 8 e 10.

Em relação à infração 1, entendo indefectível a instância '*a quo*', pois, ao adquirir o combustível com as tributações normal e a retida incluídas, em operação interna, creditou-se o autuado apenas do ICMS normal, conduta amparada pelo art. 356, § 3º do RICMS/BA.

Destarte, confirmo a Decisão primária, que condenou o autuado, ora recorrida, no valor de R\$83.732,73.

No que toca à infração 2, a JJF julgou improcedente a acusação de utilização de créditos fiscais decorrentes de operação de entrada de álcool hidratado (diferido) relativo a transferências do estabelecimento Matriz da ora Recorrida na Bahia para sua filial localizada em Ipojuca – PE.

Mister salientar que o resultado da diligência realizada nos autos apurou o recolhimento escoreito do ICMS, indicando saldo positivo na conta corrente empresarial no período sob fiscalização.

Portanto, lícita à utilização do crédito fiscal pelo autuado, eis que não se trata de Usina, Destilaria ou Importador, restando comprovada, não apenas a assunção do recolhimento do ICMS nas operações de aquisição do combustível, mas também a compensação no cálculo do imposto por antecipação.

Não cabem reparos ao capítulo do decisório ora em evidência, pelo que mantenho a Decisão de base.

A infração 6 conta a deflexão dos próprios autuantes, cujas razões foram acatadas pela JJF, ao entendimento de que descabem a retenção e o recolhimento do ICMS, como sujeito passivo por substituição, nas operações internas subseqüentes, por cuidar-se, remetente e destinatário, de contribuintes substitutos, na forma do art. 355, II do RICMS/BA. Confirmo a Decisão da instância inaugural.

Alega a ora recorrida, na infração 7, incorreção no preenchimento do CTIRC, gerando uma suposta utilização indevida de crédito fiscal relativo a frete a preço CIF, pois registrou-se, por erro, "frete pago" em vez de "frete a pagar".

Foi designada diligência realizada pelos próprios autuantes, cujo objeto consistia na comprovação empresarial dos pagamentos dos fretes escriturados a preço CIF. O resultado da diligência à fl. 584 concluiu o seguinte:

“... 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”;

“foram acatadas as comprovações do pagamento do Álcool Hidratado.”

Considerando tais inferências, confeccionaram os autuantes nova planilha, propondo a redução do valor do tributo de R\$22.421,51 para R\$ 21.412,07.

Irreparáveis as conclusões da JJF, pois não se trata o álcool anidro de produto substituído, uma vez que a ora recorrida adquire o álcool anidro e mistura com a gasolina A, esta tributada na forma retida pela Petrobrás, plasmando, assim, a gasolina C. Outrossim, resta inatacável a fundamentação da JJF pela qual no valor do frete do transporte pago na aquisição da Gasolina A e do Álcool Anidro, está contido no preço da Gasolina C, bem assim que o serviço de transporte foi efetivamente pago pelo destinatário, e não pelo remetente, o que gera lícito direito ao crédito fiscal.

Resta, portanto, incontestável, que se trata a espécie de operações de serviço de transporte interestadual a preço FOB (frete a pagar), na forma aduzida na defesa.

Destarte, a JJF considerou, acertadamente, as razões opostas pelo autuado, para reduzir o valor da condenação para R\$360,00, na forma do demonstrativo consignado no aresto nº 0439-03/05. Mantenho a Decisão, também, neste particular.

No que afeta às infrações 8 e 10, o direito ao crédito resta patente, pois trata-se inequivocamente de operações interestaduais com combustíveis a preço FOB, afigurando-se lícita a postura empresarial neste particular. Mantenho a Decisão primária relativamente às infrações 8 e 10.

Contudo exposto voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

VOTO EM SEPARADO (Quanto ao item 14)

Restringe-se a elaboração do voto em separado à infração 14, onde se imputa ao contribuinte a realização de estorno de débito do ICMS em desacordo com a legislação do imposto. A acusação fiscal tem lastro no fato da autuada ter adquirido óleo diesel junto à Petrobrás, argumentado a defesa que o preço praticado na operação foi superior ao efetivamente contratado, sendo indevidamente cobrado do contribuinte, sobre o preço majorado, as parcelas do imposto normal e substituído (ICMS-ST). Em razão dessa circunstância o recorrente afirmou e provou que a Petrobrás efetuou a restituição valor comercial correspondente ao preço indevidamente exigido na operação, através da Nota de Crédito nº 101.019 (fl. 516), restando, ainda, a devolução das parcelas do ICMS normal e retido por substituição tributária, motivo pelo qual apropriou os créditos em relação às citadas parcelas. Em que pese a Junta de Julgamento Fiscal ter fundamentado o seu voto na alegação que não há como se estabelecer a certeza que de que Petrobrás efetuou o recolhimento do ICMS indevidamente lançado na operação, é fato incontroverso no autos, que Petrobrás efetuou a devolução do valor comercial indevidamente cobrado, conforme atesta a nota de crédito (fl. 516), razão pela qual, ainda que não tenha sido cumprida a formalidade de emissão das notas fiscais previstas no arts. 112 e 113 do RICMS/97 se apresenta líquido e certo, no caso em análise, o direito do contribuinte se ressarcir das parcelas do imposto que foram indevidamente debitados na operação, restando demonstrado que o autuado suportou o ônus do tributo incidente na operação. Esse fato se revela em sua inteireza pela circunstância de que o valor da operação foi posteriormente ajustado para preço real por iniciativa do próprio fornecedor da empresa recorrente. Considerando que o direito invocado pelo sujeito passivo se apresenta manifesto, e adotando o princípio da economia processual, para evitar que contribuinte tenha que novamente acionar o Estado, via processo administrativo, para

de ressarcir dos impostos indevidamente lançados, considero que a prova produzida no presente processo é suficiente para a formação do meu convencimento quanto ao aspecto de mérito da autuação e acompanho o voto do Sr. relator, com os acréscimos contidos neste voto em separado, para afastar a exigência fiscal que integra o item 14 do Auto de Infração.

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, em decisão não unânime quanto à infração 14, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269139.0005/04-8**, lavrado contra **TOTAL DISTRIBUIDORA LTDA. (TOTAL)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$131.948,75**, 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, com os devidos acréscimos moratórios.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros Bento Luiz Freire Villa Nova, Fauze Midlej, Nelson Antonio Daiha Filho e Tolstoi Seara Nolasco (Voto Em Separado).

VOTO VENCIDO: Conselheiros Helcônio de Souza Almeida e Álvaro Barreto Vieira.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de março de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/VOTO EM SEPARADO (Quanto ao Item 14)

BENTO LUIZ FREIRE VILLA NOVA – RELATOR

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