

A.I. Nº - 089599.0013/05-4
AUTUADO - TEXACO BRASIL LTDA.
AUTUANTES - MARIA CONCEIÇÃO AMARAL DOS SANTOS e JOSÉ ALBERTO MENDONÇA LIMA
ORIGEM - IFEP – DAT/SUL
INTERNET - 08/03/06

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0059-03/06

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) OPERAÇÕES DE SAÍDAS DO ESTABELECIMENTO DISTRIBUIDOR. RETENÇÃO A MENOS DO IMPOSTO. A lei atribui ao distribuidor 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. Fato comprovado. **b)** SERVIÇO DE TRANSPORTE. **b.1)** RECOLHIMENTO A MENOS. Infração caracterizada. **b.2)** FALTA DE RECOLHIMENTO. Infração elidida. **2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA ADQUIRIDA COM IMPOSTO PAGO ANTECIPADO [LUBRIFICANTES E ADITIVOS].** Infração não elidida. Indeferido o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, foi lavrado em 08/09/05 e exige ICMS no valor de R\$66.897,05 acrescido das multas de 50% e 60%, relativo as seguintes infrações:

01. Reteve e recolheu a menos o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado (janeiro de 2000 a dezembro/2002), conforme demonstrativos 1 a 6 - R\$709,17.
02. Recolheu a menos o ICMS por substituição tributária, referente a prestação de Serviço de Transporte, na qualidade de contribuinte substituto nos exercícios de 2000 a 2004, conforme demonstrativos 2, 4, 7 e 9 - R\$35.848,48.
03. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária. Consta, no campo da descrição dos fatos, que refere-se à aquisição de lubrificantes e aditivos para gasolina com substituição tributária, conforme demonstrativos 3, 5, 10 e 12 - R\$21.727,92.
04. Deixou de recolher no prazo regulamentar, ICMS referente a Prestação de Serviço de Transporte, devidamente escriturado nos livros fiscais próprios. Consta, na descrição dos fatos, que se refere a condição de sujeito passivo por substituição, conforme determina o art. 382 do RICMS/BA, no período de 2003 a 2004, conforme demonstrativos 9 e 10 - R\$8.611,48.

O autuado, na defesa apresentada às fls. 542 a 545, preliminarmente diz que nenhuma infração pode prosperar, quer seja pelo aspecto fático ou por força de matéria de direito.

Em relação à infração 1, alega que a diferença no valor de:

- 1) R\$590,17 refere-se à nota fiscal de nº 8115 de 30/12/02, que se encontra cancelada, conforme registrado no seu livro fiscal;

2) R\$119,00 refere-se a um lançamento de devolução de produto que foi estornado na apuração do período.

No tocante à infração 2, diz que anexas planilhas (fls. 547 a 552), para tentar demonstrar que a fiscalização “não levou em consideração tratem-se de interestaduais as operações glosadas. Portanto, indevida a glosa”.

Quanto à infração 3, afirma que o não reconhecimento de direito ao crédito do ICMS, relativo a insumo adicionado ao produto que já fora objeto de antecipação tributária, colide com o disposto no art. 155, I, § 2º da Constituição Federal (CF 88) e art. 19 da Lei Complementar (LC) nº 87/96. Alega que se não admitido o crédito fiscal do insumo (aditivos de gasolina), “o crédito do imposto passaria a incorporar o custo do produto”, contrariando o princípio não cumulativo do imposto.

No que tange à infração 4, afirma que “Com relação aos valores apurados nessa glosa (anexos 9 e 11) não foi localizado nenhum recolhimento, sendo que do montante R\$3.424,47 (janeiro e fevereiro/03) a impugnante teria apenas que comprovar a diferença de R\$1.168,23, referente aos CTRs enviados com a informação de que o ICMS a ser recolhido é de responsabilidade do contratante”.

Conclui requerendo a desconstituição do crédito tributário, pedido de perícia e ulterior juntada de provas a serem apresentadas.

Os autuantes, prestaram informação fiscal (fls. 607 a 608) e disseram que:

- a) Em relação à infração 1, quanto à alegação defensiva de que a nota fiscal de nº 8115 foi cancelada, afirmam que o valor de R\$590,17 consta no seu arquivo magnético e não foi registrada em seu Livro de Registro de Saída, conforme cópias juntadas às fls. 361 e 362. Quanto ao valor de R\$119,00, que o autuado alega referir-se a estorno de devolução, contestam que não foi citado qualquer nota fiscal, bem como juntado qualquer prova do que foi alegado. Dizem que os documentos juntados às fls. 48 a 50, não constam o lançamento de qualquer estorno, que não resultaria em valor a recolher no mês de janeiro/00, que foi apurado saldo credor, mas que se tal fato ocorresse no mês de fevereiro/00, seria devido, visto que foi apurado saldo devedor.
- b) Dizem que as planilhas acostadas ao processo, para tentar provar a infração 2, não podem ser acatadas, tendo em vista que não foi juntado com as mesmas, qualquer prova documental. Dizem que os valores apurados e as alíquotas correspondentes foram apuradas com base nos arquivos magnéticos apresentados (fls. 23; 27 a 29; 33 a 36 e 40 a 41) e nos documentos apresentados. Afirmam que foram consideradas as alíquotas de acordo com as operações interestaduais, na apuração do crédito fiscal escriturados nos livros próprios e que não procedem as alegações defensivas;
- c) Afirmam que em relação à infração 3, a utilização de créditos relativos à aquisição de lubrificantes e aditivos, é indevida, haja vista que são “produtos objeto de substituição tributária, conforme inc. IV do Artigo 353 do RICMS/BA”, e vedação expressa no art. 97, IV, “b” do citado diploma legal.
- d) Em relação à infração 4, argumentam que o autuado reconhece que deve parte do valor autuado, mas se contradiz ao afirmar que nenhuma das infrações pode prosperar. Quanto ao valor de R\$1.168,23 que diz ser de sua responsabilidade, não é verdade, tendo em vista que todos CTRs, cujas cópias foram anexadas ao PAF, constam que o frete é de responsabilidade do contratante.

Por fim, requerem que o Auto de Infração seja julgado totalmente procedente.

O autuado foi intimado para tomar conhecimento da informação fiscal (fl. 611 e 612) e, manifestou-se às fls. 616 e 617, apresentando as seguintes alegações:

- a) que a planilha apresentada na defesa, em relação à infração 3, contém dados com base em suporte documental e que os arquivos magnéticos não estão em conformidade com as operações realizadas. Afirma que em algum caso, mesmo que a transportadora esteja localizada no Estado da Bahia, mas prestou serviços interestaduais, tendo para estas operações utilizado na escrituração o código CFOP 163, com alíquota correspondente de 12% e não de 17%.
- b) Em relação à infração 3, diz que “mantém os argumentos da sua impugnação” inicial.
- c) No tocante à infração 4, afirma que não há nenhuma contradição pela sua parte, visto que pediu perícia nos seus documentos fiscais, para constatar que a diferença de R\$1.168,23 é de responsabilidade do contratante.

Reiterou o pedido de perícia e a desconstituição do crédito tributário.

VOTO

Indefiro o pedido de perícia, com arrimo no art. 147 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, por entender desnecessária, uma vez que considero suficiente para a formação da minha convicção os elementos contidos nos autos. Observo que o art. 150, II do RPAF/BA, define como *“perícia a realização de vistoria ou exame de caráter técnico e especializado, determinada pela autoridade competente a fim de se esclarecerem ou se evidenciarem certos fatos, a ser efetuada por pessoa que tenha reconhecida habilidade ou experiência técnica na matéria questionada, o qual oferecerá afinal sua opinião, em face dos quesitos formulados”*. Na situação presente o autuado requereu perícia em documentos de sua posse para comprovar suas alegações, especialmente em relação às notas fiscais e conhecimentos de transportes, que poderiam ser trazidas ao Processo Administrativo Fiscal e não constitui fato determinante de perícia fiscal.

No mérito, o Auto de Infração trata de quatro infrações relativas à substituição tributária, sendo a primeira pela retenção a menos, a segunda pela falta de retenção, a terceira pela utilização indevida do crédito fiscal e a quarta relativa à falta de recolhimento do imposto retido no prazo regulamentar.

Na defesa apresentada, relativamente à infração 1, o autuado alegou que o valor exigido de R\$590,17, se referia à nota fiscal de nº 8115, que foi cancelada, o que foi contestado pelos autuantes, de que a mesma consta no arquivo magnético do autuado e não foi registrada em seu livro de Registro de Saída, conforme cópias juntadas às fls. 361 e 362.

Verifico que conforme demonstrativo juntado pelos autuantes à fl. 32, o valor de R\$2.903,24 do imposto substituto apurado no mês de dezembro, refere-se às notas fiscais de n. 7941, 7968, 8001, 8115 e 8119, tendo sido recolhido o valor de R\$2.313,07, o que resultou no valor apontado na infração. Por sua vez, a cópia do livro de Registro de Saída acostado à fl. 362, indica base de cálculo e débito do imposto zero, relativo às notas fiscais de n. 8113 a 8116, e na coluna de observações, como “cancelada”.

Em relação ao valor de R\$119,00, o autuado alegou que se refere a um lançamento de devolução de produto que foi estornado na apuração do período. Os autuantes contestaram, que não foi citado qualquer nota fiscal; juntado qualquer prova e que os documentos juntados às fls. 48 a 50, não constam qualquer lançamento de estorno.

Conforme disposto no art. 123 do RPAF/BA, na impugnação, o sujeito passivo deve fazer acompanhar das provas que tiver, inclusive documentos, referentes às suas alegações e na defesa apresentada, o autuado não juntou qualquer documento para provar o alegado. Entendo, que em se tratando de nota fiscal que supostamente tenha sido cancelada ou de mercadoria devolvida do

próprio estabelecimento autuado, o mesmo deveria trazer a prova material ao processo para provar o alegado. Como isso não ocorreu, implica em simples negativa de cometimento da infração, nos termos do art. 143, do citado diploma legal, motivo pelo qual não acato as alegações defensivas, devendo ser mantido integralmente o valor exigido nesta infração.

No tocante à infração 2, o autuado alegou que os autuantes não levaram em consideração as operações interestaduais e juntou com a defesa às fls. 547 a 552, diversas planilhas, para tentar provar o que foi alegado. Os autuantes, na informação fiscal rebateram os argumentos defensivos, de que perante os demonstrativos por eles elaborados, o autuado não juntou às mencionadas planilhas, qualquer documento para provar suas alegações defensivas. O autuado foi cientificado da informação fiscal e disse apenas que os Conhecimentos de Transporte Rodoviários dão suporte às planilhas e que se tratam de operações interestaduais, mas não juntou ao processo, as cópias dos CTRs para provar o alegado.

Observo que o autuado, não juntou à defesa do presente processo qualquer cópia de Conhecimento de Transporte Rodoviário de Carga para provar o alegado, também não o fez na sua manifestação acerca da informação fiscal. Assim sendo, da mesma forma que ocorreu com a infração 1, não acolho as alegações defensivas de que as operações de serviço de transportes, tratam-se de operações interestaduais, tendo em vista que não foram apresentados quaisquer documentos fiscais para provar o alegado, inclusive constatado que nos demonstrativos originais elaborados pelos autuantes, foram considerados as operações interestaduais e calculado o imposto com as alíquotas de 12% e 7%, o que implica em simples negativa de cometimento da infração, nos termos do art. 143 do RPAF/BA, devendo também ser mantido o valor indicado na autuação.

Quanto à infração 3, utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a mercadoria adquirida com pagamento do imposto por substituição tributária (lubrificantes e aditivos), o autuado, na defesa apresentada não adentrou na questão, tendo alegado apenas que o não reconhecimento do direito ao crédito do ICMS, relativo a “insumo que é adicionado ao produto que já fora objeto de ICMS-ST”, fere o princípio da não cumulatividade do ICMS (art. 155, I, § 2º da CF 88). Os autuantes contestaram afirmando que a utilização dos créditos é indevida, tendo em vista que são “produtos objeto de substituição tributária, conforme inc. IV do Artigo 353 do RICMS/BA”, e vedado o uso do crédito nos termos do art. 97, IV, “b” do citado diploma legal.

Verifico que nos demonstrativos juntados pelos autuantes às fls. 26; 30/31; 37/39; 42/43 e 46/47, indicam que foram relacionados diversos produtos intitulados “aditivos e lubrificantes”. O art. 353 do RICMS/BA, indica que são responsáveis pelo lançamento e recolhimento do imposto, na condição de sujeitos passivos por substituição. Por sua vez, o inciso IV do mesmo dispositivo, no caso de operações com combustíveis, lubrificantes e produtos diversos das indústrias químicas, remete para o art. 512-A, que define o distribuidor de combustíveis, condição do autuado, como sujeito passivo em relação a operações com lubrificantes derivados ou não de petróleo e aditivos.

Portanto, sendo os produtos objeto da autuação, enquadrados no regime de substituição tributária, o crédito fiscal é utilizado no cálculo do ICMS substituto, a título de retenção ou antecipação, e não pode ser acatada a tese defensiva, de que a exigência fiscal viola os dispositivos constitucionais da não cumulatividade do imposto.

Conforme previsto no art. 356 do RICMS/BA, ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias, sendo, por conseguinte, vedada, salvo exceções expressas, a utilização do crédito fiscal pelo adquirente, nos termos do art. 97, IV, “b” do citado diploma legal, quando a operação de aquisição ou a prestação tiver sido efetuada com pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária. Portanto, deve ser mantida a exigência fiscal.

Quanto à infração 4, o autuado alegou apenas que “Com relação aos valores apurados nessa glosa (anexos 9 e 11) não foi localizado nenhum recolhimento, sendo que do montante R\$3.424,47 (janeiro e fevereiro/03) a impugnante teria apenas que comprovar a diferença de R\$1.168,23, referente aos CTRs enviados com a informação de que o ICMS a ser recolhido é de responsabilidade do contratante”.

Por sua vez, os autuantes argumentaram que o autuado reconhece parte do valor exigido na infração; que se contradiz ao afirmar que não deve prosperar a infração e que o ICMS sobre o frete exigido é da sua responsabilidade. Observo que, nos demonstrativos juntados pelos autuantes às fls. 41 e 44/45, foram relacionados diversos Conhecimentos de Transportes e a infração indica que deixou de recolher o ICMS referente à prestação de serviços de transportes, devidamente escriturados. Entendo, que caberia ao autuado juntar ao PAF, as cópias dos CTRs que foram relacionados nos demonstrativos juntado aos autos pelos autuantes. Por isso, não acolho os argumentos defensivos, tendo em vista que diante da acusação formulada, o autuado não comprovou que o frete contratado não era de sua responsabilidade e devido o imposto exigido na infração.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 089599.0013/05-4** lavrado contra **TEXACO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$66.897,05**, sendo R\$4.718,53, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, II, “e” e VII, “a” da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, mais R\$53.567,04 acrescido da multa de 60% e R\$8.611,48, acrescido da multa de 50% previstas no art no art. 42, I, “a”, II, “e” e VII, “a” da citada Lei e dos acréscimos legais.

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

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - RELATOR

MARIA DO SOCORRO FONSECA DE AGUIAR - JULGADORA