

A. I. N.º - 232962.0015/05-3
AUTUADO - SHELL BRASIL LTDA.
AUTUANTE - MARIA CONCEIÇÃO AMARAL DOS SANTOS e JOSÉ ALBERTO MENDONÇA LIMA
ORIGEM - INFRAZ ILHÉUS
INTERNET - 27/03/2006

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0083-05/06

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO ATIVO FIXO. É devido o pagamento da diferença entre as alíquotas interna e interestadual nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao ativo permanente. Infração subsistente. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** ESTORNO DE DÉBITO EFETUADO IRREGULARMENTE. **b)** REFERENTE A SERVIÇO DE TRANSPORTE INTERMUNICIPAL. Mantida a exigência fiscal. **b1)** A PREÇO CIF. Nas operações com combustíveis, sendo estas internas, por serem tributadas, constitui direito ao crédito fiscal o ICMS incidente sobre o serviço de transporte nas entradas a preço FOB e nas saídas a preço CIF, e sendo as operações interestaduais, tanto a preço CIF como a preço FOB, o crédito fiscal sobre o serviço de transporte será lançado pelo estabelecimento destinatário das mercadorias. A legislação não permite o crédito do imposto relativo ao serviço de transporte de combustíveis nos recebimentos originados da refinaria via dutos e nas subsequentes saídas interestaduais. Item insubsistente. **b2)** VIA DUTOS. A legislação não permite o crédito do imposto relativo ao serviço de transporte de combustíveis nos recebimentos originados da refinaria via dutos. **c)** FALTA DE APRESENTAÇÃO DO COMPETENTE DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DO DIREITO AO REFERIDO CRÉDITO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO COMPROBATÓRIO. Autuado não apresentou o documento comprobatório do direito ao crédito. Infração não elidida. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERNAS SUBSEQUENTES. ÁLCOOL HIDRATADO. FALTA DE INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DAS PARCELAS RELATIVAS AO VALOR DO PIS/CONFINS DEBITADOS AOS DESTINATÁRIOS. Previsão legal para inclusão na base de cálculo de todos os encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente. Exigência mantida. 4. IMPOSTO. LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. ERRO NA APURAÇÃO DOS VALORES. Infração não contestada. Rejeitadas preliminares de nulidade e a decadência argüidas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 12/12/05, exige ICMS, no valor de R\$817.280,20, acrescido das multas de 60%, em razão das seguintes infrações:

1. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias de outras unidades da federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Consignaram os autuantes que a infração se refere a nota fiscal de nº 45884, de 5/12/2003 – R\$2.693,70;
2. Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto, no mês de junho de 2001 – R\$587,26;
3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a serviço de transporte interestadual ou intermunicipal não vinculado a operação com mercadorias com saídas subseqüentes tributadas, de fevereiro de 2000 a maio de 2004. Valores apurados pelo creditamento indevido a título de substituição tributária de fretes quando da entrega pelo autuado de produtos com antecipação tributária (anexo 1, fls 15 a 16) e pelo uso da dutovia para transporte de combustíveis (anexo 2, fls 17 a 25) - R\$578.072,09;
4. Reteve e recolheu a menos ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo as operações internas subseqüentes, nas vendas de combustíveis e lubrificantes para contribuintes localizados neste estado. Observaram os autuantes que o contribuinte vendeu álcool hidratado sem incluir na base de cálculo da substituição os valores devidos a título de PIS/CONFINS, de janeiro a junho de 2000, de julho de 2002 a agosto de 2004 (anexo 3, fls 26 à 34) – R\$28.274,43;
5. Recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. Relataram os autuantes que os valores estornados referem-se a débito total sobre transferência de aditivos, não sendo considerado o crédito fiscal, de janeiro de 2002, julho de 2003 a fevereiro de 2004 e abril de 2004 (anexo 4, fls 35 a 39) – R\$52.185,32 e
6. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, nos meses de abril, maio, julho a novembro de 2004, no valor de R\$155.467,40.

O autuado, através de seus advogados, apresenta impugnação às fls. 162 a 180, inicialmente descrevendo todas as infrações a ele imputadas. Suscita preliminar de mérito quanto à decadência dos fatos geradores ocorridos até novembro de 2000 (este, inclusive), e constantes neste lançamento de ofício, com base no art. 150, §4º do CTN. Afirma que o ICMS é um imposto por homologação, e que o art. 90 do RICMS viola o dispositivo citado do CTN.

Transcreve jurisprudência do STJ (EREESP Nº 279473) com o fim de demonstrar que o ICMS por ser tributo sujeito a lançamento por homologação, e tendo o contribuinte efetuado antecipadamente o pagamento, a homologação ocorre tacitamente no prazo de cinco anos contados do fato gerador.

Afirma que o imposto referente a nota fiscal de nº 45884, que fundamenta a infração 1, foi sim recolhido tempestivamente. Quanto a infração 2, esclarece que só se debitou do imposto constante na nota fiscal de nº 80895 porque havia se creditado deste anteriormente devido a um equívoco seu. Entende que nesta infração só poderia se cobrar multa por descumprimento de obrigação acessória.

No tocante a infração 3, explica que todas as operações vinculadas aos créditos aqui autuados foram tributadas normalmente, uma vez que se tratam de vendas de combustíveis no estado. Explica que para aquisições de combustíveis feitas na refinaria são emitidas duas notas fiscais: uma referente ao produto e outra pelo transporte em dutovia daquela para a cidade de Jequié. Sustenta que o dispositivo legal dado como infringido não condiz com os aspectos fáticos das operações. Salienta que não estão claros os critérios utilizados pelo fisco para a glosa dos créditos fiscais arrolados nesta infração, obstando assim o seu direito a ampla defesa. Ressalta que a operação de transporte é uma prestação tributada, ainda que a comercialização das mercadorias não o fosse, sendo assim legítimo o creditamento. Transcreve o art. 28 da Lei 7.014/96 com o fim de afirmar o alegado. Entende que a proibição de aproveitamento do crédito de ICMS desnatura a natureza do imposto, tornando - o cumulativo. Chama a atenção para o fato que o próprio STF pacificou a questão, antes

da desoneração prevista pela LC 87/96, que os serviços de transporte deveriam ser tributados, apesar da operação da exportação ser imune. Explica que pelo art. 155, §2º da CF, só se deve anular os créditos referentes às operações e não às prestações de serviços de transporte. Transcreve lição do Prof. Marco Aurélio Greco com este entendimento. Pugna pelo cancelamento da infração.

Em relação à infração 4, esclarece que o PIS e a COFINS já compõem o seu preço, estando ambas inclusas no custo dos produtos vendidos pela empresa. Requer a improcedência dessa.

Para as infrações 5 e 6, informa que apresentará as provas que dispõe no curso do processo.

Finaliza pela improcedência, requerendo perícia para a quesitação que formula.

Um dos autuantes, em informação fiscal prestada (fls 280 a 284) observa que a decadência dos fatos referentes ao exercício de 2000, somente se operou no dia 31/12/2005, conforme art. 965 do RICMS. Posterior, portanto a lavratura do auto de infração em comento.

Quanto a infração 1, ressalta que o contribuinte não recolheu o débito referente a nota fiscal de nº 45884 em sua apuração. Sustenta que a infração é devida. Observa que nas infrações 2 e 6, o autuado não apresentou contraprova alguma que elidisse a acusação. Na infração 3, diz que os fretes rodoviários foram adicionados ao valor do produto, não incorrendo o autuado em custo com a entrega dos produtos. Afirma que o art. 356 do RICMS veda a utilização desses créditos. Ressalta que o Decreto de nº 7593/99 em seu art. 1º exclui da base de cálculo do imposto o valor pago pelo transporte por dutovia. Sobre a infração 4, que o contribuinte destacava e cobrava a parte as parcelas referentes ao PIS e a CONFINS. Sustenta que o demonstrativo elaborado por ele é uma prova elucidativa dessa situação. Informa que procedeu ao cálculo do imposto exigido de acordo com os convênios aplicáveis as datas de ocorrência dos fatos geradores. Na infração 5, observa que o autuado estava transferindo crédito a maior, uma vez que recebia a 7% os aditivos recebidos do Sul do país e os repassava a 17% para o Norte, estornando 100% dos débitos feitos nas vendas sem contrapor os créditos a elas referentes. Vê como desnecessária a diligência pleiteada e a questão formulada pelo autuado, uma vez que entende tê-la respondido. Conclui pela procedência da autuação.

VOTO

Entendo que durante a instrução do presente auto de infração foram observadas as formalidades legais previstas, não ensejando nenhuma violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte, estando o mesmo devidamente instruído das provas documentais pertinentes, conforme demonstrativos acostados aos autos. Especificamente quanto a infração 3, os anexos 1 e 2 contém objetivamente os critérios utilizados pelo fisco para a glosa dos créditos fiscais arrolados nessa infração, não obstante assim o direito do contribuinte a ampla defesa. Quanto a solicitação de diligência, indefiro, pois os elementos trazidos aos autos são suficientes para o deslinde da questão.

O autuado opôs a ocorrência de decadência quanto aos fatos geradores ocorridos até novembro de 2000, este inclusive, com base no art. 150, §4º do CTN, o qual transcreveu ao lado de julgado do STJ, compreendendo assim que a decadência se inicia com o fato gerador, em se tratando de lançamento por homologação.

Entendo que neste PAF está a se tratar de lançamento de ofício. Esclareço que este CONSEF, através de inúmeros acórdãos, cumprindo ao disposto no art. 107-A, I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, que em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, estabelece como prazo de decadência, 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Dessa forma, a decadência dos fatos do exercício de 2000, somente se operou no dia 31/12/2005, como bem dito pelo servidor fiscal diligente. Como o auto de infração em exame foi lavrado antes disto, rejeito a arguição de nulidade suscitada.

Adentrando no mérito das infrações, observo que o contribuinte pouco ou em nada contrapôs à

acusação as provas que alegava dispor. Não impugnou como lhe cabia, a apuração dos valores descritos na exordial e nos levantamentos fiscais pertinentes, nem apontou erros nos valores autuados como assim lhe competia. Nas infrações 5 e 6, chega mesmo a informar que apresentará em momento oportuno, que não a defesa, as provas que alega ter. Quanto a infração 1, afirma, embora não prove, que a nota fiscal de nº 45884 teve o imposto recolhido tempestivamente. Na infração 2, também não esclarece quanto ao débito feito em duplicidade da nota fiscal de nº 80895. Para todas essas, o art. 123, § 5º do RPAF estabelece que o momento de apresentar as provas é na defesa. Em face da norma citada, não tenho como acolher essa argumentação da defesa. Se a mesma entende que o auto de infração em exame não contém toda a documentação pertinente, o momento para apresentá-los era na própria defesa, sob pena de em não agindo assim, operar a preclusão. Neste mesmo sentido, o aludido regulamento em seu art. 142 estabelece que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

A infração 3 está subdividida em duas: o apurados pelo creditamento indevido a título de substituição tributária de fretes quando da entrega pelo autuado de produtos com antecipação tributária (anexo 1, fls 15 a 16) e pelo uso da dutovia para transporte de combustíveis (anexo 2, fls 17 a 25) A legislação vigente veda expressamente a utilização de crédito quando o combustível foi recebido através de dutovia, conforme explicitam arts. 1º e 2º do Decreto nº 7.593/99, o qual abaixo transcrevo para melhor compreensão:

“Art. 1º Nas saídas internas de gasolina e óleo diesel transportados por dutovia, a parcela correspondente ao custo dutoviário fixado pela Agência Nacional de Petróleo – ANP será excluída da base de cálculo relativa à obrigação própria e apurada em separado, pela alíquota de 17% (dezessete por cento).

[...]

Art. 2º No cálculo do imposto devido por substituição tributária, relacionado às operações subsequentes com as mercadorias indicadas no artigo anterior, o valor relativo ao custo dutoviário não integrará a base de cálculo e o imposto vinculado àquela parcela não será compensado com o ICMS substituído.”

Já quanto ao creditamento a título de substituição tributária de fretes quando da entrega pelo autuado de produtos com antecipação tributária (anexo 1, fls 15 à 16) neste estado, este foro administrativo tem entendido o remetente é quem suporta o pagamento do ICMS sobre a prestação do serviço, mesmo quando a operação que está sendo realizada seja imune. Assim, pacificou-se o entendimento neste CONSEF, através de Acórdãos como os CJF nºs 439-11/02 e 0218-11/02, os quais decidiram que *“nas operações com combustíveis, sendo estas internas, por serem tributadas, constitui direito ao crédito fiscal o ICMS incidente sobre o serviço de transporte nas entradas a preço FOB e nas saídas a preço CIF, e sendo as operações interestaduais, tanto a preço CIF, como a preço FOB, o crédito fiscal sobre o serviço de transporte será lançado pelo estabelecimento destinatário das mercadorias, cabendo ao Estado destinatário arcar com o mesmo.”*

Os autuantes dizem, em informação prestada, que os fretes rodoviários foram adicionados ao valor do produto. Logo, as operações foram feitas com o frete incluso no preço das mercadorias (CIF). Com este arrazoado, conclui-se que improcede a cobrança contida no anexo 1., remanescendo, porém o débito arrolado no anexo 2, conforme se vê abaixo:

Data Ocorrência	Data Vencimento	Base de Cálculo	Alíquota %	Multa %	Valor Histórico	Valor em Real
31/03/2000	09/04/2000	8.916,76	17	60	1.515,85	1.515,85
30/04/2000	09/05/2000	50.476,94	17	60	8.581,08	8.581,08
31/05/2000	09/06/2000	74.235,88	17	60	12.620,10	12.620,10
30/06/2000	09/07/2000	59.813,88	17	60	10.168,36	10.168,36
31/07/2000	09/08/2000	59.321,88	17	60	10.084,72	10.084,72

30/08/2000	09/09/2000	69.036,88	17	60	11.736,27	11.736,27
31/10/2000	09/11/2000	100.987,71	17	60	17.167,91	17.167,91
30/11/2000	09/12/2000	44.019,59	17	60	7.483,33	7.483,33
30/12/2000	09/01/2001	55.277,88	17	60	9.397,24	9.397,24
31/03/2001	09/04/2001	15.714,76	17	60	2.671,51	2.671,51
30/04/2001	09/05/2001	78.401,88	17	60	13.328,32	13.328,32
30/06/2001	09/06/2001	73.338,76	17	60	12.467,59	12.467,59
31/07/2001	09/07/2001	93.917,18	17	60	15.965,92	15.965,92
30/08/2001	09/09/2001	79.489,94	17	60	13.513,29	13.513,29
30/09/2001	09/10/2001	39.368,24	17	60	6.692,60	6.692,60
31/10/2001	09/11/2001	55.966,82	17	60	9.514,36	9.514,36
30/11/2001	09/12/2001	84.343,47	17	60	14.338,39	14.338,39
31/12/2001	09/01/2002	55.676,82	17	60	9.465,06	9.465,06
30/01/2002	09/02/2002	48.088,88	17	60	8.175,11	8.175,11
30/04/2002	09/05/2002	143.080,65	17	60	24.323,71	24.323,71
30/06/2002	09/07/2002	108.564,18	17	60	18.455,91	18.455,91
31/01/2003	09/02/2003	14.994,47	17	60	2.549,06	2.549,06
		Total			240.215,69	

Quanto à infração de nº 4, o art. 8º, inciso II, alínea “b”, da Lei Complementar 87/96, prevê como integrante da base de cálculo, para fins de substituição tributária, “o montante dos valores de seguro, de frete, e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço”, cujo regramento foi repetido literalmente no art. 23, II, “b”, da Lei n.º 7.014/96. Assim, subsiste esta quarta infração.

De tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, para exigir imposto no montante de R\$479.423,50

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232962.0015/05-3, lavrado contra **SHELL BRASIL LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$479.423,50**, sendo R\$83.209,29 atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, previstas, respectivamente, no art. 42, incisos II, “e” e “f” e VII, “a” da Lei 7.014/96 e dos acréscimos moratórios e R\$396.214,21 acrescido da multa de 60% prevista no mesmo Diploma Legal já citado e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício para uma das Câmaras do CONSEF nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de março de 2006.

MÔNICA MARIA ROTERS- PRESIDENTE

CLAUDIO MEIRELLES MATTOS - RELATOR

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR