

A. I. Nº - 298937.0008/05-7
AUTUADO - SHELL BRASIL LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ ANTONIO SOARES SEIXAS e TANIA MARIA SANTOS DOS REIS
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 03/04/2006

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0090-05/06

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO COMPROBATÓRIO. Infração não elidida. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADA. MERCADORIAS SUJEITAS E NÃO SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multas de 10% e de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Após comprovações, diminuído o valor do débito originalmente cobrado. 3. LIVROS FISCAIS. FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO. Fato não impugnado pelo sujeito passivo. Infração insubsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade argüida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 19/12/2005, exige o ICMS no valor de R\$33.054,21, acrescido da multa de 60%, mais a multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$32.227,06 em razão:

1. Multa de 1% sobre o valor das operações, tendo em vista as entradas no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal (janeiro a junho de 2000) – R\$17.900,99;
2. Multa de 10% sobre o valor das operações, tendo em vista as entradas no estabelecimento de mercadorias tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal (janeiro a outubro e dezembro de 2000) – R\$14.056,07;
3. Utilização indevida de crédito fiscal sem apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito - entradas com CFOP 199 e 299 (janeiro, fevereiro e junho de 2000) – R\$1.128,28;
4. Utilização indevida de crédito fiscal sem apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito - entradas com CFOP 178: devolução de vendas - (janeiro a junho de 2000) – R\$10.458,22;
5. Utilização indevida de crédito fiscal sem apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. Créditos lançados no livro Registro de Apuração do ICMS a título de “outros créditos” sem comprovação, mesmo após regularmente intimado (janeiro a agosto de 2000) – R\$21.467,71;
6. Falta de apresentação do livro Registro de Apuração do ICMS referente aos meses de janeiro a agosto de 2000, após regularmente intimado. Multa no valor de R\$270,00.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou impugnação ao lançamento fiscal (fls. 293/308).

Como preliminar, requereu a nulidade da autuação referente ao período de janeiro a novembro de 2000, pois o crédito fiscal já se encontrava extinto, nos termos do art. 156, V e VII, do CTN. Entendeu que sendo o ICMS imposto sujeito ao lançamento por homologação e o fisco não tendo homologado o pagamento antecipado realizado pelo contribuinte, ou mesmo efetuado o lançamento de ofício, no prazo de cinco anos contados da ocorrência do seu fato gerador, conforme determina o art. 150, § 4º do CTN, caracterizou-se a decadência do direito do sujeito ativo em exigí-lo. Ressaltou que o art. 90, do RICMS/97, por violar as disposições do CTN, não poderia ser aplicado por ilegalidade, devendo, assim, ser reconhecida a extinção definitiva do crédito tributário referente a este período, sendo nula em sua totalidade as infrações 1, 3, 4 e 6. Sobre a matéria trouxe decisões de tribunais.

Contestando o mérito da autuação referente à infração 2, afirmou que parte das notas fiscais autuadas referia-se à operações de remessa por conta e ordem de terceiros, nas quais não existe destaque de ICMS. Neste momento explicou, com base no art. 413, do RICMS/97 e nas suas operações comerciais (Shell localizada em São José dos Campos/SP, Icolub e autuado), como se realiza a circulação das mercadorias nesta operação. Após esta explanação disse que apenas não havia escriturado as notas fiscais de “entrega à ordem”, pois as de transferências, com destaque do imposto, se encontravam escrituradas. Pelo que expôs, entendeu que a multa aplicada sobre tais documentos (indicados e apresentadas cópias) deveria ser de 1% e não de 10% sobre o valor da operação. Afora que alguns valores, que também explicitou, indicados como base de cálculo pelos autuantes, foram superiores ao das mercadorias.

Em relação à infração 5, apresentando planilha (fls. 404/432 do processo) por mês, onde consignou todos os documentos fiscais cujos créditos se apropriou, além de tecer considerações sobre os mesmos, afirmou que eles se referiam a diferença de alíquota e fretes, créditos estes legais, conforme legislação pertinente e em vigor à época dos fatos geradores.

Por tudo que expôs, requereu a realização de perícia, apresentando quesitação e o cancelamento da exigência fiscal.

Os autuantes prestaram seu contra arrazoado às alegações de defesa (fls. 437/439) observando que embora o defendantente tenha recolhido o imposto com seus acréscimos legais relativos as infrações 1, 2 3, 4 e 6 (fl. 435), posteriormente os questionou. Em seguida, discordaram do autuado quanto à decadência do tributo, pois dentro do prazo legal.

Em relação ao questionamento referente à infração 2, discordaram do autuado, pois entenderam que diante das determinações do art. 42, IX, transcrita, a multa é aplicada tendo em vista o regime tributário em que está submetida a mercadoria e não pela operação realizada. E, quanto aos valores de algumas notas fiscais questionadas, observaram que o previsto é o valor comercial da mercadoria. Desta forma, estavam corretos os levantados.

No que diz respeito à infração 5, por não ter sido apresentado os documentos comprobatórios do direito aos créditos fiscais, os argumentos de defesa não foram aceitos.

Opinaram pela total procedência do lançamento fiscal.

VOTO

Como preliminar à nulidade da ação fiscal, o autuado requereu o cancelamento da cobrança do crédito tributário referente aos fatos geradores ocorridos até novembro de 2000 tendo em vista a decadência do direito de sua constituição, pois, para fins de contagem do prazo decadencial, deveria ser aplicado o disposto no art. 150, § 4º, do CTN e não aquele do seu art. 173. Entendo razão não assisti-lo. Em primeiro lugar, as regras do art. 173, I, do CTN é a prevista no art. 107-A, I, do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81), ou seja, o direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário extingue-se após 5 anos, contado a partir do primeiro dia do

exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Em segundo, a incidência da regra do art. 150, § 4º, do CTN pressupõe as situações em que o contribuinte lançou o valor do imposto e antecipou o seu pagamento antes da homologação pela autoridade administrativa. No caso, o pagamento do ICMS não foi antecipado, não sendo caso de lançamento por homologação, e sim, lançamento de ofício. Assim sendo, o prazo para a contagem iniciou-se em 1/1/2001, com prazo final em 31/12/2005. O lançamento ocorreu em 19/12/2005. Em terceiro lugar, se existe qualquer ilegalidade na lei tributária vigente neste Estado, cujo teor o RICMS se reporta, este foro administrativo não é competente para abordá-lo. Em quarto lugar, as decisões de tribunais trazidas pelo impugnante não são decisões definitivas do judiciário. Não há o que se falar em decadência.

Rejeito o pedido de perícia requerido tendo em vista meu convencimento sobre a matéria em discussão, bem como, com base nas normas que regem o processo administrativo fiscal.

Abordando o mérito das irregularidades apontadas pela fiscalização, o contribuinte, embora em sua defesa se reporte à infração 1, que trata da aplicação de multa de 1% sobre o valor comercial das mercadorias não tributáveis que deram entrada no estabelecimento e que não foram escrituradas nos livros fiscais próprios como determina a legislação, tacitamente à confessou. Assim, a mantendo no valor de R\$17.900,99.

Na infração 2, de igual forma, é aplicada multa por descumprimento de uma obrigação acessória. Neste caso ela foi calculada no percentual de 10%. A defesa não discordou da falta de escrituração dos documentos fiscais. Porém entendeu que sobre aqueles que foram emitidos para acompanhar as mercadorias em operação de venda à ordem (notas fiscais com natureza de operação: “Remessa por conta e ordem de terceiros”) não poderia ser apenado com multa de 10% e sim com a multa de 1%, já que nesta ocasião a operação é não tributada, inclusive não havendo destaque do imposto.

Este é argumento pertinente. Ressalto que o ICMS incide sobre a circulação de mercadorias. Tem razão o impugnante quando afirma que a norma legal ao instituir percentual e valores diferenciados para as multas que aplica tem por objetivo penalizar com maior rigor as situações em que o contribuinte comete ilícito fiscal de maior monta, causando sérios prejuízos ao Erário. No caso, embora a mercadoria seja tributada, a sua circulação (fato gerador do ICMS) se deu com a não tributação, pois o documento fiscal foi emitido apenas para acompanhar o trânsito da mercadoria, conforme determinações do art. 413, II, “a”, do RICMS/97, quando a Icolub vendeu mercadoria à Shell situada em São José dos Campos/SP e esta a encaminhou diretamente do vendedor para o autuado. Em vista do exposto e diante das determinações do art. 2º do RPAF/99, refaço o levantamento fiscal para cobrar a multa de 1% sobre o valor comercial da operação relativa às notas fiscais indicadas pelo impugnante e cujas cópias foram apensadas aos autos.

Quanto ao argumento de defesa de que os autuantes, sobre nas notas fiscais nº 184.044, 192.203, 199.096, 202.654, 209.248, 209.796, 211.012, 214.758 e 214.904, cobraram a multa com base no valor contábil das mercadorias, observo que é este o valor a ser considerado, ou seja, o valor da operação (art. 17, I, e § 1º da Lei nº 7.014/96). No específico caso, percebe-se em todas elas que o valor do frete foi arcado pelo emitente do documento fiscal, portanto incluído na operação comercial. Desta forma, este é argumento que não pode ser recepcionado.

Pelo exposto, mantendo em parte da autuação relativa a este item no valor de R\$11.403,37 e conforme abaixo indico.

NF/MÊS	VALOR	MULTA	NF/MÊS	VALOR	MULTA	NF/MÊS	VALOR	MULTA
jan/00			abr/00			jul/00		
4674	14.444,22	1.444,42	107605	877,39	87,74	525	6.212,08	621,20
108202	2.214,66	221,47	202154	1.085,14	10,85	TOTAL		621,20

182595	681,49	6,81	202654	182,78	1,83	ago/00		
182596	1.482,59	14,83	205844	459,78	4,60	1298	4.726,00	472,60
182597	718,37	7,18	TOTAL	2.605,09	105,02	1299	7.089,00	708,90
183624	280,55	2,81	mai/00			12280	2.347,12	234,71
184044	772,25	7,72	6662	2.493,00	249,30	35875	11.167,44	1.116,74
184902	540,87	5,41	208679	1.077,57	10,78	TOTAL		2.532,95
187893	283,96	2,84	209246	1.077,57	10,78	set/00		
TOTAL	21.418,96	1.713,49	209248	1.073,84	10,74	1304	8.051,87	805,19
fev/00			209796	677,04	6,77	6046	306,73	30,67
86519	1.211,27	121,13	211012	913,90	9,14	6051	1.368,01	136,80
188844	69,37	0,69	211589	1.348,18	13,48	6052	5.703,67	570,37
189318	1.077,57	10,78	TOTAL	8.661,10	310,98	7256	5.594,81	559,48
190905	1.077,57	10,78	jun/00			22962	5.679,32	567,93
190907	797,80	7,98	533	89,06	8,91	TOTAL		2.670,44
192203	1.544,50	15,45	6832	5.594,81	559,48	out/00		
194405	995,35	9,95	7537	1.190,10	119,01	7375	15.238,66	1.523,86
TOTAL	6.773,43	176,75	214758	772,25	7,72	TOTAL		1.523,86
mar/00			214904	1.581,04	15,81	dez/00		
148758	1.731,82	173,18	TOTAL	9.227,26	710,93	38573	7.755,37	775,53
195904	718,37	7,18				TOTAL		775,53
197846	4.841,84	48,42						
199094	2.155,14	21,55						
199096	1.188,22	11,88						
TOTAL	10.635,39	262,22						

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO INFRAÇÃO 2

DATA OCORRÊNCIA	DATA VENCIMENTO	MULTA
31/1/2000	9/2/2000	1.713,49
28/2/2000	9/3/2000	176,75
31/3/2000	9/4/2000	262,22
30/4/2000	9/5/2000	105,02
31/5/2000	9/6/2000	310,98
30/6/2000	9/7/2000	710,93
31/7/2000	9/8/2000	621,20
31/8/2000	9/9/2000	2.532,95
30/9/2000	9/10/2000	2.670,44
31/10/2000	9/11/2000	1.523,86
31/12/2000	9/1/2001	775,53
TOTAL		11.403,37

As infrações 3 e 4 tratam da exigência do ICMS tendo em vista a glosa de créditos fiscais utilizados, porém os documentos fiscais que os geraram não foram apresentados á fiscalização, mesmo após intimações feitas nos dias 24 e 30/11/2005 (fls. 13/15 dos autos). Tratam de créditos fiscais referentes às entradas de mercadorias com CFOP 199, 299 e 178. O contribuinte não contestou a autuação, inclusive recolheu o débito apurado. Não havendo lide a ser decidida as mantendo nos valores de R\$1.128,28 e R\$10.458,22, respectivamente.

O item 5 diz respeito, de igual forma, a falta de apresentação ao fisco de documentos comprobatórios ao direito da utilização de créditos fiscais. No caso foram glosados créditos escriturados no livro de Apuração do ICMS – RAICMS como “outros créditos”. Quando da fiscalização (24/11/2005), os autuantes solicitaram a apresentação dos documentos fiscais que lhes deram origem. A empresa autuada não atendeu ao que lhe foi pedido. Em sua defesa, trouxe aos autos planilhas, que devem ser dos seus controles internos, e afirmou que estes crédito diziam respeito a diferença de alíquota recolhida e aos fretes. Não apensou aos autos qualquer documento fiscal para indicar os valores que apresentou. Ao contrário, requereu perícia para comprovação de suas alegações.

Em primeiro lugar, indefiro o pedido de perícia ou mesmo diligência fiscal diante das determinações do art. 147, I, “b” e II, “a”, do RPAF/99 (Dec. nº 7.629/99), ou seja, a prova para desconstituir a infração encontra-se na posse do autuado e que deveria ter sido juntada aos autos. Além do mais, não existe qualquer fato motivador para se chamar á lide um técnico especializado exclusivamente objetivando indicar se os documentos fiscais, cuja posse é do autuado, eram, ou não, legais para a utilização dos créditos em lide.

Em segundo, conforme disposições do art. 123, do RPAF/99, o contribuinte ao impugnar um lançamento fiscal na esfera administrativa deve fazê-lo acompanhado das provas que possui. Como não o fez, ou seja, continuou a não apresentar ao fisco a documentação comprobatória do direito aos referidos créditos fiscais, neste momento não posso dar suporte a toda a argumentação apresentada. Em vista do exposto, mantenho o lançamento fiscal no valor de R\$21.467,71.

Na infração 6 foi aplicada multa no valor de R\$270,00 pela falta de apresentação ao fisco de livros fiscais quando por duas vezes intimado. Disse os autuantes que o livro Registro de Apuração do ICMS dos meses de janeiro a agosto de 2000 não foi apresentado. Foi cobrada multa no valor de R\$90,00 pela não entrega na primeira intimação e de R\$180,00 pela segunda intimação. O contribuinte não questionou a irregularidade a ele imputada. Inclusive recolheu este valor, não havendo lide quanto a esta infração.

Voto pela procedência em parte da autuação para exigir o ICMS no valor de R\$33.054,21 mais a cobrança das multas por descumprimento de obrigação acessória nos valores de R\$29.304,36, R\$270,00, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298937.0008/05-7, lavrado contra **SHELL DO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$33.054,21**, corrigido monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, mais as multas no total de R\$29.574,36, previstas no art. 42, IX, XI e XX do mesmo Diploma Legal, e dos acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9837/05, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de março de 2006

MÔNICA MARIA ROTERS - PRESIDENTE/RELATORA

CLAUDIO MEIRELLES MATTOS - JULGADOR

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR