

PROCESSO - A. I. Nº 089599.0013/05-4
RECORRENTE - CHEVRON BRASIL LTDA. (TEXACO BRASIL LTDA.)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0059-03/06
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 13/11/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0397-12/07

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 não elidida. **2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA ADQUIRIDA COM IMPOSTO PAGO ANTECIPADO [LUBRIFICANTES E ADITIVOS].** Infração não elidida. Indeferido o pedido de perícia. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão proferida pela 3ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração em tela, o contribuinte através dos seus advogados interpõe visando modificar o resultado do Conselho de Fazenda.

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

INFRAÇÃO 1. 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 de 1 a 6 - R\$709,17.

INFRAÇÃO 2. 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.

INFRAÇÃO 3. 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.

INFRAÇÃO 4. 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.

Em seu voto o Sr. relator na JJF opinou pelo indeferimento do pedido de perícia, com arrimo no art. 147 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, por entender desnecessária, uma vez que

considerou suficiente para a formação da sua convicção os elementos contidos nos autos. Observou e trouxe à baila o art. 150, II do RPAF/BA que traz a definição de perícia para efeito do PAF, e acrescentou *“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.”*

Quanto ao mérito, relembra as quatro infrações afirmando que todas elas são 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.

Relativamente à infração 1, verificou 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 nºs 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.

Cita o art. 123 do RPAF/BA, e entende 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, o que representou em simples negativa de cometimento da infração, nos termos do art. 143, do RPAF, motivo pelo qual não acatou as alegações defensivas, devendo ser mantido integralmente o valor exigido nesta infração.

No que diz respeito à infração 2, observou que o autuado, não juntou à defesa 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 acolheu 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. Diz ter constatado que nos demonstrativos originais elaborados pelos autuantes, foram consideradas 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. Manteve o valor indicado na autuação.

Quanto à infração 3, verificou que nos demonstrativos juntados pelos autuantes às fls. 26; 30/31; 37/39; 42/43 e 46/47, indicaram que foram relacionados diversos produtos intitulados “aditivos e lubrificantes”. Comenta a respeito do art. 353, e seu inciso IV, bem como do art. 512-A do RICMS/BA, e conclui que: *“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.”*

Cita os arts. 356 do RICMS/BA e o art. 97, IV, “b”. para concluir que *“ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subseqüentes 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, observou 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. Entendeu, que caberia ao autuado juntar ao PAF, as cópias dos CTRs que foram relacionados nos demonstrativos juntado aos autos pelos autuantes. Não acolheu 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.

Votou, no que foi acompanhado pelos demais membros da JJF, pela Procedência do Auto de Infração.

O autuado, em seu Recurso Voluntário apresentado às fls. 648 a 656, preliminarmente diz que a Decisão não merece prosperar, que ao arrepio das normas tributárias vigentes manteve o lançamento.

Em seguida relata as infrações e diz que a não ser pelas 3 as demais comportam análise de documentos fiscais razão pela qual requereu a produção de prova pericial sobre os documentos indicados e pede uma reanálise do pedido.

Preliminarmente cita o art. 11 do Decreto nº 7.629/99 e aduz a ocorrência do cerceamento de defesa porque a funcionária não permitiu que fossem extraídas cópias de todos os documentos que compunham o PAF sob a alegação de que tais documentos já se encontravam sem posse do recorrente. Considera também que a sua defesa foi cerceada por ter-lhe sido indeferido o pedido de perícia cita o art. 150, II do RPAF. Requer novamente a perícia.

Quanto ao mérito, e no que diz respeito a infração 1, volta a argumentar que o valor exigido de R\$590,17, refere-se à Nota Fiscal de nº 8115, que foi cancelada no Livro Fiscal por motivo de erro de impressão. E a diferença de valor de R\$119,00 refere-se a um lançamento de devolução de produto que foi estornado na apuração do período mediante a declaração do cliente de não aproveitamento do crédito. Diz ter anexado a folha do Livro Fiscal na qual é indicado o cancelamento.

No tocante à infração 2, o recorrente volta a alega que não procedem as afirmativas da Decisão de que a planilha apresentada pelo recorrente o autuado contém dados sem base documental. Diz que os Conhecimentos de Transporte Rodoviários apresentados à época da fiscalização confirmam os dados da planilha. Afirma que o que ocorreu é que a Transportadora apesar de ter estabelecimento localizado na Bahia prestou também serviços interestaduais e o recorrente utilizou o CFOP 163 ou seja, operações interestaduais e uso da alíquota de 12% e não a de 17%.

Quanto à infração 3, afirma que o não reconhecimento de direito ao crédito do ICMS, relativo a insumo adicionado (aditivos) ao produto que já fora objeto de antecipação tributária, colide com a não cumulatividade do ICMS. Junto ementa de Decisão do Tribunal de Justiça do Paraná sobre a matéria.

No que tange à infração 4, o recorrente alega mais uma vez 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) o recorrente 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”*. Diz que os CTRCS foram disponibilizados à fiscalização à época e não considerados. Renova o pedido de perícia.

Conclui requerendo seja acolhida a primeira preliminar no sentido do deferimento da extração de cópia de todo o PAF e a devolução de todo o prazo. Que seja acolhida a segunda preliminar no sentido do deferimento da perícia, ou seja, pela anulação da Decisão recorrida, seja pela realização em fase recursal e que seja desconstituído o crédito tributário exigido. Anexa alteração de contrato social e uma cópia da fl. 12 do Registro de Entrada.

Num primeiro Parecer a PGE/PROFIS após exame do PAF afastou as nulidades suscitadas e sugeriu a realização de uma diligência *“junto ao fornecedor da mercadoria supostamente devolvida à origem (infração 1) pelo oro recorrente, a fim de que seja verificado, junto a sua escrita fiscal, a pertinência da alegação de não ressarcimento das mercadorias supra mencionadas”*. Submetido o PAF *“para análise e pronunciamento técnico quanto a realização da diligência solicitada”* foi respondido que a citada nota já havia sido anexada pelo ilustre auditor fiscal à fl. 362 e juntada também pelo recorrente à fl.668, não vislumbrando necessidade de diligência. Detalha que a autuação e a defesa dizem respeito a Nota Fiscal nº 8115 e no citado livro consta como cancelada a Nota Fiscal nº 8116.

Em novo pronunciamento a sra. representante da PGE/PROFIS afirma que, quanto à infração 1 assiste razão ao assistente técnico quando afirma que o documento trazido no Recurso indica o cancelamento da Nota Fiscal nº 8116 e o objeto da autuação da defesa foi a Nota Fiscal nº 8115.

No que diz respeito à infração 2, diz vislumbrar a falta de apresentação de provas quanto ao alegado. Em relação à infração 4 afirma que *“não deve prosperar o pedido de perícia, uma vez que o recorrente afirma tão somente que os CTRC disponibilizados indicavam a responsabilidade do contratante do serviço de transporte, o que não foi considerado pelo autuante”*. Ora, tal alegação depende de prova e tais provas se encontram em poder do contribuinte. Caso entenda que os CTRC's comprovam o que alega, não cabe perícia para verificar sem que esses sejam trazidos pelo recorrente. Em relação a infração 3 observa que tais produtos (aditivos e lubrificantes) são enquadrados na substituição tributária, estando pois, vedada a utilização do crédito fiscal nos termos do art. 356 do RICMS, estando valor do crédito fiscal – ICMS- ST incluído no cálculo da substituição tributária.

Opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

O recorrente não fez acompanhar seus argumentos sobre a possível ilegalidade da Decisão e por isso mesmo não há como considerá-la como tal.

O requerimento quanto ao que ele chamou “reanálise” foi atendido, pois a PGE/PROFIS sugeriu a realização de uma diligência junto ao fornecedor da mercadoria supostamente devolvida à origem (infração 1) a fim de que fosse verificado, junto a sua escrita fiscal, a pertinência da alegação de não ressarcimento das mercadorias mencionadas. O resultado foi a constatação de que a citada nota já havia sido anexada pelo ilustre Auditor fiscal à fl. 362 e juntada também pelo recorrente à fl.668, não vislumbrando necessidade de novas diligências. O que observamos, entretanto, é que autuação e a defesa dizem respeito à Nota Fiscal nº 8115 e no citado livro consta como cancelada a Nota Fiscal nº 8116.

Quanto à possível ocorrência de cerceamento de defesa porque a funcionária não permitiu que fossem extraídas cópias de todos os documentos que compunham o PAF, o próprio recorrente oferece o argumento necessário ao seu indeferimento: tais documentos já se encontravam em seu poder. Não vemos, portanto, sentido em se considerar como obstáculo a apresentação do Recurso o não fornecimento de cópia xérox de documentos cuja posse do original encontra-se em mãos do recorrente. Concluimos que, quanto aos aspectos formais não há nenhuma causa de nulidade do PAF.

No que diz respeito ao mérito já analisamos acima quanto à Infração 1.

No tocante à infração 2, a repetição das alegações desprovidas de provas o que vislumbramos e acompanhando inclusive o Parecer da Douta PGE/PROFIS é que o recorrente não apresentou provas que sustentassem seu argumento.

Quanto à infração 3, - não reconhecimento de direito ao crédito do ICMS, relativo a insumo – acreditamos que o mesmo não colide com a não-cumulatividade do ICMS, pois tais produtos

(aditivos e lubrificantes) são enquadrados na substituição tributária, estando, pois, vedada a utilização do crédito fiscal nos termos do art. 356 do RICMS, estando o valor do crédito fiscal – ICMS- ST incluído no cálculo da substituição tributária.

No que tange à infração 4, entendemos também que não deve prosperar o pedido de perícia, uma vez que o recorrente afirma tão-somente que os CTRC disponibilizados indicavam a responsabilidade do contratante do serviço de transporte, o que não foi considerado pelo autuante. Ora, como bem colocou o Parecer opinativo da PGE/PROFIS tal alegação depende de prova, e tais provas se encontram em poder do contribuinte. Se continua a entender que os CTRC's comprovam o que alega, não cabe diligência para verificar. Simplesmente eles devem ser trazidos pelo recorrente.

Pelo exposto voto no sentido de que o Recurso Voluntário seja pelo NÃO PROVIMENTO.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **089599.0013/05-4** lavrado contra **CHEVRON BRASIL LTDA. (TEXACO BRASIL LTDA.)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total 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 nº 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. 42, II, “e”, VII, “a” e I, “a”, da citada lei, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de outubro de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTI – REPR. DA PGE/PROFIS