

PROCESSO - A. I. Nº 232962.0015/05-3
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e SHELL BRASIL LTDA.
RECORRIDOS - SHELL BRASIL LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSO DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0083-05/06
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 26/02/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0009-12/08

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 subseqüentes saídas interestaduais. Item insubsistente. **b2)** TRANSPORTE DE MERCADORIAS ATRAVÉS DE DUTOVIA. 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. Realização de diligência fiscal. Comprovado que o débito apurado, já havia sido de regular inserção dos valores da contribuição do PIS e da COFINS na base de cálculo do ICMS-ST. Modificada a Decisão recorrida. Infração elidida. 4. IMPOSTO. LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. ERRO NA APURAÇÃO DOS VALORES. Infração não contestada. Rejeitadas preliminares de nulidade e a decadência

argüidas. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos Voluntário e de Ofício interpostos contra em face da referida Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração em epígrafe.

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/COFINS, 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. Relatarem 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, apresentou impugnação às fls. 162 a 180, inicialmente descrevendo todas as infrações a ele imputadas. Suscitou 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. Afirmou que o ICMS é um imposto por homologação, e que o art. 90 do RICMS viola o dispositivo citado do CTN.

Transcreveu jurisprudência do STJ (ERESP 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.

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

No tocante à infração 3, explicou que todas as operações vinculadas aos créditos aqui autuados foram tributadas normalmente, uma vez que se tratam de vendas de combustíveis no estado. Explicou 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. Sustentou que o dispositivo legal dado como infringido não condiz com os aspectos fáticos das operações. Salientou 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. Ressaltou que a operação de transporte é uma prestação tributada, ainda que a comercialização das mercadorias não o fosse, sendo assim legítimo o creditamento. Transcreveu o art. 28 da Lei 7.014/96 com o fim de afirmar o alegado. Entendeu que a proibição de aproveitamento do crédito de ICMS desnatura a natureza do imposto, tornando - o cumulativo. Chamou 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. Explicou que pelo art. 155, §2º da CF, só se deve anular os créditos referentes às operações e não às prestações de serviços de transporte. Transcreveu lição do Prof. Marco Aurélio Greco com este entendimento. Pugnou pelo cancelamento da infração.

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

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

Finalizou pela improcedência, requerendo perícia para a quesitação que formulou.

Um dos autuantes, em informação fiscal prestada (fls 281 a 284) observou 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, à lavratura do Auto de Infração em comento.

Quanto à infração 1, ressaltou que o contribuinte não recolheu o débito referente a nota fiscal de nº 45884 em sua apuração. Sustentou que a infração é devida. Observou que nas infrações 2 e 6, o autuado não apresentou contraprova alguma que elidissem a acusação. Na infração 3, disse que os fretes rodoviários foram adicionados ao valor do produto, não incorrendo o autuado em custo com a entrega dos produtos. Afirmou que o art. 356 do RICMS veda a utilização desses créditos. Ressaltou 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, aduziu que o contribuinte destacava e cobrava a parte as parcelas referentes ao PIS e a CONFINS. Sustentou que o demonstrativo elaborado por ele é uma prova elucidativa dessa situação. Informou que procedeu ao cálculo do imposto exigido de acordo com os convênios aplicáveis às datas de ocorrência dos fatos geradores. Na infração 5, observou 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. Viu como desnecessária a diligência pleiteada e a quesitação formulada pelo autuado, uma vez que entendeu tê-la respondido. Concluiu pela procedência da autuação.

Através do Acórdão JF n.º 0083-05/06, decidiu a primeira instância pela Procedência Parcial do Auto de Infração, sob o entendimento de que:

- a) “... 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”; no que tange, especificamente, à infração 3, afirmou que “os anexos 1 e 2 contém objetivamente os critérios utilizados pelo fisco para a glosa dos créditos fiscais arrolados nessa infração, não obstando assim o direito do contribuinte a ampla defesa”;
- b) no que se refere à solicitação de diligência, indeferiu a sua realização, visto que “os elementos trazidos aos autos são suficientes para o deslinde da questão”;

- c) com relação à preliminar de mérito de decadência suscitada, asseverou que o presente PAF se refere a lançamento de ofício, esclarecendo 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*”; por tal razão, “*a decadência dos fatos do exercício de 2000, somente se operou no dia 31/12/2005, como bem dito pelo servidor fiscal diligente*”, razão pela qual foi rejeitada a aludida preliminar;
- d) quanto ao mérito das infrações, salientou que “*o contribuinte pouco ou em nada contrapôs à acusação as provas que alegava dispor*”, não impugnando “*a apuração dos valores descritos na exordial e nos levantamentos fiscais pertinentes, nem apontou erros nos valores autuados como assim lhe competia*”; no que diz respeito às infrações 5 e 6, “*chega mesmo a informar que apresentará em momento oportuno, que não a defesa, as provas que alega ter*”; de referência à infração 1, “*afirma, embora não prove, que a nota fiscal de nº 45884 teve o imposto recolhido tempestivamente*”, ao passo que “*Na infração 2, também não esclarece quanto ao débito feito em duplicidade da nota fiscal de nº 80895*”; ressaltou que “*o art. 123, § 5º do RPAF estabelece que o momento de apresentar as provas é na defesa*”, razão pela qual não foi acolhida a argumentação da defesa; por outro lado, entendeu que “*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*”;
- e) assinalou, especificamente quanto à infração 3, que a mesma “*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)*”, sendo que “*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*”, cujo teor transcreveu; por outro lado, prossegue, “*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*”, tendo sido pacificado 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*”; o débito da infração 3, por tal razão, foi reduzido para R\$ 240.215,69, conforme demonstrativo constante do voto proferido;
- f) por fim, no que concerne à infração 4, o *a quo* julgou a mesma Procedente;
- g) o débito objeto de autuação foi reduzido para R\$479.423,50.

A 5ª Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da Decisão pela mesma proferida, 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.

Inconformado com a Decisão proferida em primeira instância, interpõe o autuado Recurso Voluntário, através do qual reitera integralmente os argumentos pelo mesmo expendidos em sua peça defensiva.

Acrescenta, quanto à preliminar de decadência, que antecipou, na época própria, o pagamento do ICMS deste período (guias de recolhimento anexas à impugnação), em virtude de ser este tributo

sujeito ao lançamento por homologação, aduzindo que o pagamento foi feito por compensação ou recolhimento, na forma disposta no art. 116, § 1.º, I, do RICMS/97, cujo teor transcreveu. Invoca e transcreve entendimento adotado pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria, no ERESP 278.727/DF, julgado em 27/08/2003, DOJ de 28/10/2003, bem como posição do Plenário do STJ adotada no julgamento do ERESP 101.407, referente ao ICMS, em que já restara definido que a decadência, nos casos de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, em que tenha havido pagamento do imposto, ocorre em cinco anos, contados da ocorrência do fato gerador.

No que pertine à infração 1, adiciona aos seus argumentos anteriores o fato de que “*De acordo com a nota fiscal anexa, pode-se perceber que a mercadoria em questão se refere à aquisição do veículo automotor 'Corsa Classic/GM'*”, faturado diretamente pela montadora nos moldes do Convênio 51/00 e submetido ao regime de retenção antecipada do imposto por substituição tributária. Conclui aduzindo que não é devido o pagamento do diferencial de alíquotas por parte do recorrente, que suportou o encargo do ICMS já pago pela substituta tributária quando da venda do veículo.

De referência à infração 2, salienta, também, que a nota fiscal em epígrafe menciona a aquisição de material destinado ao ativo permanente da empresa (Resfriador lateral 1400w) remetido pela empresa “Metalúrgica Taunus S/A” situada no Estado de São Paulo, cujo diferencial de alíquotas foi normalmente recolhido, conforme comprova o livro de apuração anexo. Finaliza aduzindo que o valor de R\$ 587,26 foi recolhido e pago, devendo ser cancelada a infração, sob pena de *bis in idem*.

Com relação à infração 3, argumenta, em aditamento às peças anteriores, que a mesma está dividida em duas exigências: o suposto creditamento indevido de ICMS a título de substituição tributária sobre fretes e pelo uso de dutovia para transporte de combustíveis. Salienta, quanto ao creditamento do imposto pelo uso de dutovia, que todas as operações foram normalmente tributadas, pois se tratava de vendas de combustíveis para dentro do Estado da Bahia. Acrescenta, ainda, que no campo “*Dados adicionais*” das notas fiscais emitidas pela Refinaria consta expressamente a descrição: “*Serviço atendimento a cliente – Tel: (071)-804-2212, Fax: (071) – 804-1275. Conforme Decreto 7593 de 04/06/1999*”. Ressalta que o que o mencionado Decreto objetiva é separar a apuração do custo dutoviário incidente na operação da apuração normal do imposto pela Refinaria, visto que a referida norma legal, ao contrário do entendimento esposado no r. Acórdão recorrido, não veda a apropriação do crédito pelo recorrente. Assim, prossegue, como o recorrente arcou com o pagamento do imposto (cláusula CIF) deve ser aplicado o mesmo entendimento em relação ao creditamento a título de substituição tributária de fretes quando da entrega pelo autuado de produtos com antecipação tributária (vide Acórdãos CJF 439-11/02 e 0218-11/02).

Quanto à infração 4, repisa os argumentos expendidos em sua peça defensiva, pugnando, ao final, pelo cancelamento da referida infração.

No tocante à infração 5, assinala, a fim de comprovar a absoluta falta de prejuízo ao Estado da Bahia, que a operação praticada pelo recorrente pode ser resumida da seguinte forma: a) aquisição de produtos lubrificantes de diversos Estados da Federação remetidos em transferência de outras bases do recorrente com destaque do imposto sem apropriação do crédito; e b) posterior operação de transferência das mercadorias para o mercado interno e para outros Estados do Nordeste com destaque do imposto e se debitando do imposto. Sustenta que, visando equalizar a sua escrita contábil, procedeu ao estorno do débito conforme comprovam as notas fiscais e os seus livros fiscais de apuração em anexo à sua peça recursal. Reitera que não houve, como comentado na peça defensiva, a apropriação do crédito na entrada das mercadorias, sendo injusto e ilegal não se permitir o estorno do débito, merecendo reforma, por este motivo, o acórdão recorrido.

Por fim, quanto à infração 6, acrescenta que conforme se verifica pela leitura dos documentos anexos, os créditos exigidos pela fiscalização foram legitimamente apropriados pelo recorrente, devendo este item da autuação ser reformulado para que seja cancelado inteiramente, sob pena de violação do princípio da verdade material.

Conclui pleiteando o cancelamento do lançamento remanescente.

O ilustre procurador da PGE/PROFIS emite Parecer conclusivo a respeito da matéria, tecendo, inicialmente, esboço histórico do presente PAF. Assevera, quanto à preliminar de decadência, que a falta de pagamento do imposto, como no caso em apreço, desloca o linde decadencial para as balizas descritas no art. 173, I, do CTN, e não do art. 150, § 4.º, do mesmo Código, como alega o recorrente. Invoca e transcreve julgado do STJ, através do Resp 63.529-2/PR, indagando como poderia ser pago pelo Fisco o imposto não pago ou pago a menor. Responde aduzindo que apenas através de lançamento de ofício. Além disso, prossegue, o COTEB prevê em seu art. 28, de forma expressa, um prazo diferenciado, não cabendo guarida, também quanto a este aspecto, a tese levantada no apelo voluntário.

No que tange à infração 1, manifesta-se no sentido de que deve ser mantida a Decisão recorrida, visto que o recorrente não se desincumbiu de fazer prova do recolhimento do diferencial de alíquota e, mais do que isto, tentou induzir o CONSEF em erro ao afirmar que a Nota Fiscal inactivada se referia à compra de um automóvel “Corsa Classic/GM”, tendo sido recolhido o imposto pelo substituto tributário. Sienta que ao ser analisado o documento indigitado é fácil notar que o mesmo não tem qualquer relação com a Nota Fiscal lançada na presente imputação, sendo, desta forma, evidente a má-fé do recorrente ao tentar induzir o CONSEF em erro.

Com relação às infrações 2 e 5, transcreve inicialmente os arts. 112 e 113, do RICMS, para asseverar que caberia ao recorrente proceder a emissão de documento fiscal testificando a natureza da operação como de “estorno de débito” e, concomitantemente, consignando respectivo valor no Registro de Apuração do ICMS, no último dia do mês, no quadro “Crédito do Imposto – Estornos de Débitos”. Assinala que, ao ser analisada a fotocópia do livro Registro de Apuração do ICMS às fls. 74/75, percebe-se que o recorrente não cumpriu a obrigação acessória prevista na legislação tributária, a um, pois não consignou o respectivo valor estornado no Registro de Apuração do ICMS no quadro informações complementares e, por derradeiro, não colacionou o necessário documento fiscal previsto na norma em epígrafe. Informa que o mesmo argumento se aplica à infração 5, do Auto de Infração.

De referência à infração 3, salienta que também não há como se acolher a tese defensiva. Isso porque, prossegue, em relação à utilização indevida de crédito relativo pelo uso da dutovia para transporte de combustível, existe vedação expressa à utilização desse crédito à luz dos arts. 1.º e 2.º, do Decreto n.º 7539/99, cujo teor transcreve.

No que concerne à infração 4, opina pela manutenção da Decisão de primeira instância, quanto à procedência da referida infração.

Por fim, com relação à infração 6, entende que não merece qualquer guarida a tese recursal, em face da absoluta ausência de lastro probatório.

Opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

Na assentada do julgamento, o PAF foi convertido em diligência (fl. 528), à ASTEC deste CONSEF, para que o autuado, no que se refere à infração 4, fosse intimado a apresentar, no prazo de 10 (dez) dias, os comprovantes de inclusão na base de cálculo do ICMS substituição tributária, a partir de julho/2000, do valor das contribuições do PIS e COFINS, procedendo-se, se fosse o caso, à elaboração de novo demonstrativo de débito e intimando, posteriormente, autuante e autuado acerca do resultado da diligência.

Às fls. 530/531, a ASTEC exarou o Parecer n.º 0210/2006, através do qual concluiu que:

“O autuado apresentou planilha demonstrando que adicionando os valores do ICMS normal e contribuição do PIS e COFINS ao preço do produto sem impostos, por ela informado, resulta nos preços de venda constantes nos documentos fiscais relacionados ao demonstrativo elaborado pelo fiscal autuante às fls. 26/37.”

Intimados autuante e autuado acerca do resultado da diligência, apenas este último se manifestou (fls. 559/560) asseverando que a diligência confirmou a tese recursal no sentido de que já tinha sido promovida a regular inserção dos valores da contribuição do PIS e da COFINS na base de cálculo do ICMS-ST.

O ilustre procurador da PGE/PROFIS ratifica parcialmente as argumentações constantes do Parecer anteriormente emitido às fls. 517/525, opinando, com espeque no Parecer emitido pela ASTEC, pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário para que seja julgada insubsistente a infração 4.

O eminente Procurador Assistente profere Despacho, através do qual ratifica integralmente o Parecer anteriormente exarado.

Em 17/09/2007, o autuado atravessa petição, intitulada de “Memoriais”, devidamente acompanhada de documentos, através da qual resume e reitera todos os argumentos expendidos em suas peças processuais acostadas aos autos.

VOTO

Inicialmente, passarei a enfrentar o Recurso Voluntário interposto pelo recorrente, em especial quanto à preliminar de decadência reiterada pelo sujeito passivo em segunda instância.

Rejeito a referida preliminar.

Este CONSEF tem firmado cristalinamente o entendimento de que o caso em apreço se refere a lançamento de ofício, devendo, por tal razão, ser cumprido o quanto 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, e estabelece o prazo de decadência de 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Ademais, como ressaltado no primeiro Parecer emitido pela Douta PGE/PROFIS, o STJ, através do Resp 63.529-2/PR, dentre outros julgados, vem decidindo nessa diretiva, sem prejuízo do fato de que o COTEB prevê em seu art. 28, de forma expressa, um prazo diferenciado, razão pela qual deve ser rechaçada a preliminar suscitada pelo autuado.

Ingressando na seara de análise do *meritum causae* das infrações, no que concerne à infração 1, reparo algum merece o *decisum* recorrido.

Isso porque o recorrente não se desincumbiu do *onus probandi* de demonstrar o recolhimento do diferencial de alíquota. A Nota Fiscal objeto de autuação - em relação à qual alega o autuado que se referia à compra de um automóvel “Corsa Classic/GM”, tendo sido recolhido o imposto pelo substituto tributário - não possui qualquer vinculação à aquisição do citado veículo.

De referência às infrações 2 e 5, aqui analisadas em conjunto, melhor sorte não assiste ao autuado.

Preceituam os arts. 112 e 113, do RICMS, que caberia ao recorrente proceder a emissão de documento fiscal comprovando a natureza da operação como de “estorno de débito” e, ao mesmo tempo, consignar o respectivo valor no Registro de Apuração do ICMS, no último dia do mês, no quadro “Crédito do Imposto – Estornos de Débitos”.

Ocorre que, ao ser procedida uma análise da fotocópia do livro Registro de Apuração do ICMS, depreende-se, com clareza solar, que o contribuinte não adimpliu a obrigação acessória prevista na legislação tributária, não só porque não consignou o respectivo valor estornado no Registro de

Apuração do ICMS no quadro informações complementares, mas também porque não colacionou o necessário documento fiscal previsto na norma em epígrafe.

Pari passu, raso em fundamentação válida se apresenta o pleito recursal quanto ao valor remanescente da infração 3.

É de corriqueira sabença, no particular, que existe vedação expressa quanto à utilização de crédito relativo ao uso de dutovia para transporte de combustível, em face do quanto insculpido nos arts. 1.º e 2.º, do Decreto n.º 7539/99.

Outrossim, com relação à infração 4, merece acolhida a tese recursal.

Isso porque, após realização de diligência, foi comprovado pela ASTEC, mediante Parecer exarado nos autos, que o débito apurado na presente autuação já tinha sido objeto de regular inserção dos valores da contribuição do PIS e da COFINS na base de cálculo do ICMS-ST, razão pela qual insubsistente se apresenta a aludida infração.

Por fim, ainda em sede de Recurso Voluntário, rejeito a argumentação defensiva no que se refere à infração 6, objeto de autuação, posto que o autuado não colacionou aos autos qualquer documento ou prova que pudesse robustecer a sua tese.

Destarte, voto no sentido de PROVER PARCIALMENTE o Recurso Voluntário apenas para julgar improcedente a infração 4, objeto de autuação.

Analisarei, agora, o Recurso de Ofício apresentado pela 5.ª Junta de Julgamento Fiscal em face da Decisão pela mesma proferida.

Reparo algum merece o *decisum* recorrido quanto à redução realizada em primeira instância.

Ora, no que tange 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, tem o CONSEF entendido que cabe ao remetente suportar o pagamento do ICMS sobre a prestação do serviço, ainda que a operação que está sendo realizada seja imune, como atestam os Acórdãos CJF n.ºs 439-11/02 e 0218-11/02, invocados na Decisão recorrida.

Ex positis, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

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 **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232962.0015/05-3, lavrado contra **SHELL BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$451.149,37**, sendo R\$79.357,62, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “e” e “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios, e R\$371.791,75, acrescido da multa de 60%, prevista no mesmo Diploma Legal, incisos II, “a”, “e” e “f” e VII, “a”, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de fevereiro de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO - RELATOR

JOÃO SAMPAIO REGO NETO - REPR. DA PGE/PROFIS