

PROCESSO - A. I. Nº 3262970002/14-8
RECORRENTE - RAIZEN COMBUSTÍVEIS S.A. (SHELL BRASIL)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0031-01/15
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 26/08/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0205-11/15

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS COM FASE DE TRIBUTAÇÃO ENCERRADA. LUBRIFICANTES E ADITIVOS. Produto adquirido para incorporação por mistura ao combustível comercializado pelo estabelecimento Recorrente. Combustíveis sujeitos ao regime de substituição tributária, com fase de tributação encerrada nas etapas subsequentes de circulação (Convênio ICMS 110/07). Utilização de crédito fiscal correspondente aos aditivos misturados ao combustível, vedada pela legislação de regência. Ofensa ao princípio de não cumulatividade não configurada na hipótese dos autos. 2. MULTA DE OFÍCIO. MODULAÇÃO EM FACE DO CARÁTER CONFISCTÓRIO. Impossibilidade de este Conselho declarar inconstitucionalidade. Exegese do artigo 167, I do RPAF/BA. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 1ª JF que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 24/09/2014, para exigir do sujeito passivo crédito no valor histórico de R\$ 409.925,00, em razão de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no exercício de 2014, relativamente a aquisições de mercadorias com pagamento do imposto por substituição tributária.

Após apresentação da defesa e prestação de informações, os autos foram submetidos à apreciação da Junta de Julgamento Fiscal que assim decidiu a lide na assentada de julgamento datada de 17/03/2015 (fls. 96/100):

VOTO

Lavrado o presente Auto de Infração para constituir crédito tributário em favor da Fazenda Pública do Estado da Bahia, tendo em vista a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à mercadoria adquirida com pagamento de imposto por substituição tributária, no valor de R\$ 409.925,00.

Consta dos autos que o autuado, RAÍZEN COMBUSTÍVEIS S/A, nova denominação social de SHELL BRASIL LTDA., inscrito como contribuinte no Estado da Bahia, explorando a atividade de comércio atacadista de álcool carburante, biodiesel, gasolina e demais derivados de petróleo, apropriou-se de crédito relativo à aquisição do aditivo NCM 3811, sujeito ao ICMS - ST. O produto adicionado ao diesel comum, gasolina comum, etanol hidratado e diesel comum, resultando nos produtos diesel evolux, gasolina V-Power, etanol V-Power, diesel aditivado e gasolina maxx, respectivamente.

O Auditor Fiscal relacionou as aquisições dos produtos, objeto da glosa fiscal, às fls. 07/08.

Verifico que o produto está descrito no anexo 1 do Decreto 13.780/12 (RICMS/BA), item 16.11 - Preparações antidetonantes, inibidores de oxidação, aditivos peptizantes, beneficiadores de viscosidade, aditivos anticorrosivos e outros aditivos preparados, para óleos minerais (incluindo a gasolina) ou para outros líquidos utilizados para os mesmos fins que os óleos minerais, NCM 3811 e está sujeito à sistemática de substituição tributária com fundamento na Lei 7014/96 e Convênio ICMS 110/07. Ocorrida a substituição ou antecipação

tributária, estará encerrada a fase de tributação sobre as mercadorias constantes no Anexo I desta Lei (art. 9º).

É cediço que 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, extensiva essa vedação ao crédito relativo ao imposto incidente sobre os serviços de transporte das mercadorias objeto de antecipação ou substituição tributária, conforme estabelece o art. 290 do RICMS/BA (aprovado pelo Decreto nº 13.780/12).

Tal dispositivo é de clareza solar, não merecendo qualquer grande esforço de interpretação para se concluir que, sendo as mercadorias sujeitas à sistemática de tributação pelo regime de substituição tributária, não há possibilidade de utilização de crédito fiscal pelo seu adquirente, ainda que tenha havido indevido destaque do imposto em sua aquisição e utilizadas como insumos na produção de outras mercadorias.

As considerações de ofensa ao princípio de não cumulatividade (art. 155, II, § 2, I, da Constituição Federal 88 e art. 19 da Lei Complementar nº 87/96 – Lei Kandir), não se sustenta. Não se pode falar em crédito de ICMS sem que haja um débito do imposto na operação subsequente. No caso em exame, não há tributação subsequente, já que tais produtos são misturados à gasolina e ao diesel, sem que haja mais tributação na venda destes últimos.

Tal matéria encontra precedente na jurisprudência desse CONSEF (Acórdão CJP Nº 0169-11/12).

Quanto ao pedido do sujeito passivo para o cancelamento da multa aplicada de 60%, considerada ofensiva ao princípio constitucional de vedação ao confisco (art. 150, inciso IV, da Constituição Federal), não pode ser acatado, tendo em vista que não restou comprovado nos autos que a infração apurada não implicou falta de recolhimento do imposto (§ 7º do art. 42 da Lei 7.014/96). Ademais, falta competência ao órgão julgador administrativo para apreciação do pedido de inconstitucionalidade das normas atinentes à aplicação de multas por descumprimento de obrigação tributária, prevista na Lei do ICMS do Estado da Bahia.

O Auto de Infração é PROCEDENTE, no valor de R\$409.925, 00.

Como é possível constatar da análise do voto acima reproduzido, os membros integrantes da 1ª JJF refutaram as razões de direito apresentadas pelo sujeito passivo e julgaram integralmente Procedente a exigência.

Inconformado com os termos da Decisão que lhe foi desfavorável, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário, aduzindo em apertada síntese que, em que pese a mercadoria que adquiriu – aditivo NCM 3811 – estar sujeita ao regime de substituição tributária, as operações de compra arroladas pela fiscalização foram submetidas ao regime normal do imposto. Situação fática que, inclusive, foi confirmada pelo auditor fiscal autuante quando prestou as suas informações, conforme se verifica do trecho das informações fiscais que reproduziu na peça recursal.

Diante disto, sustenta que faz jus ao crédito do imposto normal que incidiu sobre as operações, sob pena de afronta ao princípio da não cumulatividade inserto no inciso I do §2º do artigo 155 da Constituição Federal.

Requer de forma subsidiária o cancelamento da multa de ofício cominada que defende ser ilegal e inconstitucional, porque abusiva, violando, por conseguinte, os princípios constitucionais da razoabilidade e da vedação ao confisco.

Com o objetivo de corroborar as suas assertivas, transcreve excertos da jurisprudência pátria no mesmo sentido.

Instada a se manifestar, a PGE/PROFIS opina pelo não provimento do Recurso voluntário. No entender do procurador representante as razões recursais são insuficientes para provocar a reforma da Decisão recorrida, já que nos termos da Lei nº 7.014/96 e Convênio ICMS 110/07, encerrada a fase de tributação em decorrência da substituição tributária, é vedado ao contribuinte proceder se apropriar dos créditos fiscais correspondentes.

Quanto ao pedido de modulação da multa, por ser excessiva e possuir caráter confiscatório, esclarece que a penalidade encontra fundamento legal no artigo 42 da Lei n.º 7.014/96 e, porquanto, é defeso a este conselho afastá-la.

VOTO

O Recurso é tempestivo pelo que merece ser conhecido. Passo assim a apreciar as razões de

apelo.

Conforme relatado, o cerne da controvérsia reside no direito à apropriação do crédito fiscal quando da entrada de mercadorias sujeitas à substituição tributária.

Entende o preposto autuante que o Recorrente não faz jus ao crédito fiscal do imposto incidente sobre as aquisições dos aditivos NEMO 2000 GRANEL e NEMO 6148 GRANEL, formalizadas pelas notas fiscais arroladas no demonstrativo de fls. 07/09, uma vez que estes produtos estão sujeitos ao regime de substituição tributária (Convênio 110/07), bem assim porque são incorporados por mistura aos combustíveis revendidos pelo Recorrente que também se constituem em mercadorias sujeitas à tributária.

Sustenta o Recorrente que adquiriu as mercadorias sob o Regime Normal de Tributação e por tal razão não lhe pode ser negado o direito ao crédito, sob pena de afronta ao princípio da não cumulatividade insculpido no inciso I do §2º do artigo 155 da Constituição Federal.

Da análise do demonstrativo de fl. 07 verifico que todas as operações objeto da exigência se referem a operações de transferências, internas e interestaduais, entre estabelecimentos de propriedade do Recorrente.

Constato ainda que, conforme esclareceu o autuante na oportunidade em que prestou suas informações fiscais (fls. 88/92), o Recorrente tem como objeto social o “Comércio Atacadista de álcool carburante, biodiesel, gasolina e demais derivados de petróleo”.

Ante a tal realidade fática, apesar de os produtos adquiridos por transferência pelo Recorrente estarem enquadrados no Regime de Substituição Tributária de que trata o Convênio ICMS 110/07, tais operações não se submetem ao regime em vista do que dispõe o inciso II da Cláusula Quinta do Convênio ICMS 81/93 – responsável por instituir regras gerais atinentes à substituição tributária, *in verbis*.

Cláusula quinta A substituição tributária não se aplica:

II - às transferências para outro estabelecimento, exceto varejista, do sujeito passivo por substituição, hipótese em que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto recairá sobre o estabelecimento que promover a saída da mercadoria com destino a empresa diversa.

Assim, a meu ver, agiram corretamente os estabelecimentos remetentes quando não efetivaram a retenção do imposto que seria devido por substituição se considerada apenas a natureza dos produtos objeto de remessa, uma vez que, no caso concreto, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto seria do Recorrente quando promovesse as saídas subsequentes dos aditivos com destino a empresa diversa.

Por outro lado, consta também das informações fiscais que o estabelecimento Recorrente promove a incorporação por mistura de tais aditivos aos produtos: diesel comum, gasolina comum e etanol hidratado de modo a obter os novos produtos: diesel evolux, gasolina V-power, etanol V-power e diesel aditivado, produtos estes que, tal como os aditivos, estão sujeitos ao regime de substituição.

Nestes termos, como a saída dos produtos aos quais os aditivos são misturados são desoneradas de tributação, é vedada a utilização do crédito fiscal pelo adquirente quando da entrada destes, independentemente de estas terem sido tributadas pelo regime normal do imposto.

Correto o órgão julgador *a quo* ao afirmar que *as considerações de ofensa ao princípio de não cumulatividade (art. 155, II, § 2, I, da Constituição Federal 88 e art. 19 da Lei Complementar nº 87/96 – Lei Kandir), não se sustentam*, haja vista que não é possível cogitar de apropriação de crédito de ICMS sem que haja um débito do imposto na etapa subsequente de circulação da mercadoria.

De igual modo, entendo que o pleito de redução da multa de infração não merece ser acolhido. Isto porque, do quanto disposto no inciso I do artigo 167 do RPAF é vedado a este Conselho de Julgamento declarar inconstitucionalidade de Leis.

Ante ao exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, mantendo integralmente a Decisão proferida pela 1ª JJF que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **326297.0002/14-8**, lavrado contra **RAIZEN COMBUSTÍVEIS S.A. (SHELL BRASIL)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$409.925,00**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de julho de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ROSANY NUNES DE MELLO NASCIMENTO – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS