

PROCESSO - A.I. Nº 233099.0017/01-1
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - J. R. TRANSPORTES LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0427-04/02
ORIGEM - INFAZ CAMAÇARI
INTERNET - 12.02.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0009-11/03

EMENTA: ICMS. 1. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. A imputação é imprecisa, lastreada em parâmetros empíricos e em demonstrativos insuficientes para caracterizar a infração. 2. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE SAÍDAS. DESENCONTRO ENTRE OS VALORES CONSIGNADOS NOS DOCUMENTOS FISCAIS EMITIDOS E OS ESCRITURADOS. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Restou comprovado o cometimento de descumprimento de obrigação tributária acessória, vinculada à imputação, motivando a aplicação de multa. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração em lide exige o pagamento de ICMS no valor de R\$112.296,87, mais multas de 60%, relativamente às seguintes infrações:

1. Falta de estorno de crédito fiscal referente aquisição de mercadorias utilizadas em fins alheios às atividades da empresa: óleo diesel em quantidade superior ao utilizado nos serviços de transportes – R\$34.083,86, e
2. Falta de recolhimento do imposto em decorrência de divergência entre os valores lançados nos livros fiscais e os consignados nos documentos fiscais emitidos – R\$78.213,01.

O autuado protocolou tempestivamente impugnação ao lançamento (fl. 157) reclamando que os parâmetros da autuação não foram evidenciados, interpondo como preliminar de nulidade o cerceamento ao direito de defesa, pela falta de informações precisas sobre os fatos e documentos que embasaram a autuação. No mérito, referente ao que classifica de “suposta primeira infração”, argumenta que por força da substituição tributária, alguns contratantes realizaram o pagamento por antecipação e que, por isso, não pode ser cobrado por aquilo que já foi adimplido por outrem. Alega também que, se assim fosse, estaria diante de um *bis in idem* e contesta a aplicação da alíquota de 17%, afirmando que as prestações de serviços foram interestaduais.

Referente à segunda infração diz que o autuante considerou que os caminhões de sua empresa consomem um litro de combustível para cada 2,2 quilômetros rodados, contestando este cálculo sob argumento de que alguns de seus caminhões são “velhos” o que compromete a estimativa e, que, um cavalo mecânico novo chega a consumir um litro de óleo diesel para cada 1 ou 1,5 quilômetro percorrido. Contesta também os percursos considerados, alegando que as quilometragens estão equivocadas, assim como a relação compra/consumo, considerada.

Conclui pedindo a realização de diligência caso não seja declarada a nulidade ou a improcedência, pedindo também que, após realizada, seja reaberto o prazo para defesa.

O autuante presta informação fiscal (fl. 168) esclarecendo:

1. Que a relação de distâncias e de consumo de combustível foi fornecida pelo próprio autuado, e já tinha sido utilizada anteriormente, para levantamento que motivou a lavratura do Auto de Infração nº 232884.0008/00-7, que foi acatado pelo autuado.
2. Que em relação à infração 2, jamais foi mencionado o instituto da substituição tributária e, sim, a falta de recolhimento do imposto em função da divergência apontada. Diz ainda que, se ficasse configurada a substituição tributária, ao teor do artigo 382, § 1º, do RICMS/97, a emissão dos conhecimentos de transportes deveria ser feita sem destaque do imposto.

A 4ª JJF resolve converter o processo em diligência a INFAZ de origem (fl. 172) para que o autuante sane as irregularidades motivadoras de nulidade, conforme:

INFRAÇÃO 1:

1. Esclareça como chegou ao consumo médio de 2,2 Km por litro de combustível;
2. Explique porque o autuado deveria promover ao estorno do crédito fiscal utilizado;
3. Explique qual o critério utilizado para apurar o percentual para estorno do crédito fiscal;
4. Elabore demonstrativo que claramente identifique a infração e seja entendível em relação aos cálculos, caso consiga explicar o solicitado nos itens anteriores.

INFRAÇÃO 2:

Que anexe os elementos de prova da infração apontada.

O autuante assim se manifesta (fl. 179):

INFRAÇÃO 1: Que o consumo foi determinado a partir de pesquisa feita junto a fabricantes e no Posto Central dos Caminhoneiros, de Camaçari, além de considerar o Auto de Infração que foi anteriormente lavrado contra o autuado, que o acatou (juntou cópia às folhas 186 a 223). Diz que o autuado deve promover ao estorno do crédito fiscal porque o RICMS/97 determina, no inciso I, “f”, do artigo 93, que o crédito só será admitido nas aquisições de combustíveis, se esses forem efetivamente utilizados na prestação de serviços de transportes. Diz também que, através dos levantamentos, comprovou que o autuado adquiria mais combustível que o necessário e, para promover ao estorno apurou o percentual de óleo diesel utilizado, dividindo a quantidade que faltava pela quantidade adquirida.

Refaz os demonstrativos (fls. 187 a 223) e junta cópias de vários conhecimentos de transportes emitidos pelo autuado e de várias notas fiscais de aquisição.

Intimado a tomar conhecimento da informação fiscal o autuado não se manifesta (fl. 808).

A 4ª JJF resolve converter o processo em diligência a ASTEC/CONSEF (fl. 811) para que seja verificada a escrita fiscal do autuado, com o fim de demonstrar como foi apurado o imposto no período 06/00 a 12/00, considerando a possibilidade de ter havido retenção por parte dos contratantes dos serviços.

O diligente (fl. 812) esclarece: a) que conferiu os lançamentos no Registro de Saídas com os CTCRs, constatando que todos os registros correspondem aos valores consignados nos documentos fiscais; b) que vários CTCRs contêm a expressão “Substituição Tributária – não somos optantes pelo crédito”; c) que os valores da base de cálculo dessas operações estavam lançados na coluna outras, do Registro de Saídas; d) que o destaque do imposto somente em alguns CTCRs, segundo informações do contador, era exigência dos tomadores e, e) que ficou comprovada a retenção e recolhimento do imposto por parte dos tomadores (Ciquine Cia Petroquímica, Deten Química S/A e Nitrocarbono S/A). Conclui afirmando que o imposto no período considerado foi efetivamente recolhido. Fez a juntada de comprovantes de recolhimentos feitos pela Deten Química S/A e pela Nitrocarbono S/A.

VOTO DO RELATOR DA 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL NA DECISÃO RECORRIDA

“Duas são as infrações apontadas no presente lançamento. Para caracterizá-las o autuante estribou-se em demonstrativos confusos, em relatório difícil de entender, em parâmetros não claramente evidenciados e em informações imprecisas e não documentadas. Em princípio, acataria o pedido de nulidade por cerceamento do direito de defesa, feito pelo autuado. Todavia, acatando o princípio da informalidade do processo administrativo fiscal e vislumbrando a possibilidade de sanar as irregularidades, ao teor do parágrafo único do artigo 28, do RPAF/99, resolvi propor à 4ª JJF a conversão do PAF em diligência ao autuante.

Este, por sua vez, ao responder ao que lhe foi solicitado, não esclareceu as dúvidas suscitadas porque:

INFRAÇÃO 1: A pesquisa que declarou ter feito para determinar o consumo de combustível por quilômetro rodado não ficou comprovada (aos fabricantes dos veículos) ou não foi feita à fonte devida, limitada à declaração de que foi consultado um posto de revenda combustíveis. Além desses parâmetros, o outro em que se baseou: “o mesmo critério utilizado por outro auditor fiscal, para a lavratura de um outro Auto de Infração, contra o mesmo contribuinte, que foi pelo mesmo acatado”, não pode servir para condená-lo perpetuamente a aceitar um cálculo empírico.

Quanto ao critério utilizado para o estorno de crédito baseado na comprovação de que adquiria mais combustível que o necessário para o desenvolvimento de suas atividades, algumas questões, dentre várias, merecem ser levantadas:

- a) Como foi feita a conversão da distância para litros consumidos, que não ficou demonstrada?
- b) Qual a fonte utilizada para determinação das distâncias percorridas?
- c) No cálculo das distâncias foram consideradas as relativas ao deslocamento do veículo nas cidades de destino, da estrada até o estabelecimento?

INFRAÇÃO 2: Limitou-se a juntar documentos. Aliás, desde a elaboração do demonstrativo que lastreou o presente Auto de Infração, não evidenciou como apurou os valores exigidos.

Para a segunda infração, a 4ª JJF escolheu um período determinado para, por amostragem, em busca da verdade material, solicitar que fiscal estranho ao feito verificasse a escrita do autuado com o fim de esclarecer sobre os recolhimentos efetuados através de tomadores de serviços, por substituição tributária, conforme alegação defensiva.

O diligente esclareceu, embora não demonstrando claramente uma vez que os seus demonstrativos não evidenciaram totalmente os fatos, que conferiu os documentos cotejando com a escrita, achando-os conforme. Esclareceu também que os recolhimentos foram feitos pelos tomadores dos serviços, juntando comprovação parcial.

O diligente ainda esclareceu que o autuado emitia alguns CTCs em desconformidade com a legislação, destacando o imposto, o que não deveria ser feito porque vedado, no caso de prestações sucessivas em que a responsabilidade do pagamento do imposto é transferida ao contratante dos serviços, pela legislação.

Sobre tudo o que está exposto no presente processo, meu posicionamento é o seguinte.

INFRAÇÃO 1: Os fatos, da maneira como foram caracterizados, não oferecem segurança para que se possa imputar qualquer responsabilidade ao autuado, em função dos critérios empíricos utilizados pelo autuante para a elaboração dos levantamentos. O cerceamento ao direito de defesa, apesar da tentativa de saneamento feito pela 4ªJJF através da diligência solicitada ao autuante, continuou evidente, face a falta de clareza dos demonstrativos. Por tais motivos entendo que deve ser decretada a nulidade do primeiro item.

INFRAÇÃO 2: Da mesma forma que a anterior, foi baseada em demonstrativos que não permitem a identificação da mesma, com certeza. A diligência feita pela ASTEC/CONSEF, que deveria sanar a irregularidade, também foi imprecisa mas comprovou que, da amostragem feita, o comportamento tributário do contribuinte obedecia aos critérios determinados pela legislação, salvo em relação ao destaque do imposto em alguns documentos fiscais emitidos, que foram feitos indevidamente.

Embora a infração não ficasse demonstrada e tivesse sido parcialmente descaracterizada, restou comprovado o cometimento de descumprimento de obrigação tributária acessória, vinculada à imputação. Por tal motivo entendo que o contribuinte deve ser apenado com a multa prevista no artigo 42, XXII, da Lei 7014/96, com a redação dada pela Lei 7753/00.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, represento à autoridade administrativa competente para que seja determinada a realização de nova ação fiscal, a fim de que possa ser verificada a regularidade dos lançamentos realizados pelo autuado, no período objeto do presente lançamento.

O meu voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do lançamento, para cobrança da multa no valor de R\$40,00, prevista no dispositivo legal anteriormente citado.”

RECURSO DE OFÍCIO

Recurso de Ofício - face à determinação do art. 145 do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) – Lei nº 3.956/81, com a redação dada pela Lei nº 7.438/99, consubstanciado nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, o presente processo foi encaminhado em grau de Recurso de Ofício para esta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF, em virtude de o Estado da Bahia ter sido sucumbente em parte no julgamento que exarou o Acórdão 4ª JJF nº 0427-04/02, pela Procedência em Parte do Auto de Infração em lide.

VOTO

Dado a análise dos documentos acostados ao presente Processo Administrativo Fiscal, mormente o Acórdão Recorrido, constatei que nada existe a ser alterado na Decisão exarada pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, que deu origem a este Recurso de Ofício. Sobretudo porque as diligências

dirigidas ao autuante e à ASTEC não contribuíram para ratificar a peça vestibular. Daí, os fundamentos utilizados no voto da Decisão Recorrida estão corretos.

Assim, concedo o meu voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício apresentado, mantendo integralmente o Acórdão 4ª Junta de Julgamento Fiscal nº 0427-04/02 Recorrido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **233099.0017/01-1**, lavrado contra **J. R. TRANSPORTES LTDA**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento da multa no valor de **R\$40,00**, prevista no art. 42, XXII, da Lei nº 7014/96, com a redação dada pela Lei nº 7753/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de janeiro de 2003

ANTÔNIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

NELSON TEIXEIRA BRANDÃO - RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR. DA PROFAZ