

**PROCESSO** - A.I. Nº 114135.0004/02-0  
**RECORRENTE** - TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGAS ZAPELINI LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2º JJF nº 0128-02/03  
**ORIGEM** - IINFAZ SIMÕES FILHO  
**INTERNET** - 23.07.03

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0396-11/03

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE COMBUSTÍVEL, COM SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA E SEM DESTAQUE DO IMPOSTO. **b)** FALTA DE COMPROVAÇÃO DO INGRESSO DA MERCADORIA NO ESTABELECIMENTO. Infrações caracterizadas. Não acolhidas as arguições de inconstitucionalidade de dispositivo legal da legislação tributária estadual. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a Decisão da 2ª JJF, que, em Decisão unânime, julgou o Auto de Infração Procedente em Parte – Acórdão JJF n.º 0128-02/03.

Os itens sob Recurso Voluntário são os seguintes:

1. Utilização indevida de crédito fiscal, no valor de R\$ 10.598,25, referente às aquisições interestaduais de combustíveis, nos exercícios de 1998 a 2000, com substituição tributária, através de notas fiscais sem destaque do ICMS, deixando de atender ao disposto no art. 359, § 2º, do RICMS, conforme demonstrativos e documentos fiscais às fls. 18 a 48 dos autos;
2. utilização indevida de crédito fiscal por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou o serviço não ter sido prestado, no valor de R\$ 7.925,10, relativo à Nota Fiscal de nº 20845, de 27/10/99, emitida pela Trikem S/A, em favor do autuado.

Em relação ao item 1, sustentou o recorrente que a sua operação de compra não foi desonerada do pagamento do ICMS, uma vez que o imposto atinente a esta operação foi recolhido antecipadamente pela distribuidora, e a vedação do uso do crédito fiscal prevista no art. 356, do RICMS/97, não encontra guarida em qualquer norma estadual ou ajuste, acordo e convênio interestadual, além de contrariar o princípio norteador do ICMS, o da não cumulatividade (cita o art. 155, II, e § 2º, da Constituição Federal de 1988).

Discorreu sobre o princípio da legalidade e sobre o conceito de Estado de Direito, e completou afirmando que o art. 93, I, “F”, da Lei n.º 7.014/96 lhe concede o direito ao uso do crédito fiscal nas entradas de combustíveis, lubrificantes e óleos, por ser prestador do serviço de transporte.

Quanto à infração 2, salientou que o documento não é inidôneo ou falso, pois todos os requisitos de emissão foram preenchidos e no campo descrição dos produtos foi esclarecido devidamente que a emissão da nota decorreu de indenização arcada pelo recorrente em favor da Trikem, ressarcindo esta pelo prejuízo ocasionado pelo furto da carga.

Disse que esta operação não está contemplada entre as hipóteses de incidência do ICMS, conforme art. 3º, IX, da Lei Complementar n.º 87/96, por não se tratar de operação mercantil de circulação de mercadoria, e, em sendo assim, considerando que o destaque não deveria ter ocorrido, não haveria outra conclusão a chegar senão a de que o ICMS foi destacado e, conseqüentemente, recolhido indevidamente pela emitente da nota fiscal.

Argüiu que, neste caso, a restituição do indébito está garantida no art. 165, do CTN.

Requeru o cancelamento da multa ao apelo da equidade.

Alegou, também, que a multa não poderia ser exigida, por falta de conduta dolosa do autuado, que estava acometido de dúvida sobre o creditamento ou não dos valores anteriormente analisados e optou pela apropriação dos créditos, mas que, nem por isso, deveria ser punido.

Afirmou que a imposição das multas de 60% e 150% sobre o valor do tributo não pode perdurar, pelo seu caráter inquestionavelmente confiscatório, em afronta ao art. 150, IV, da CF/88.

Concluiu pedindo a anulação do Auto de Infração na sua totalidade, ou que fosse cancelada a multa imposta, ou reduzida a patamar que não configure confisco.

A representante da PGE/PROFIS, na sua manifestação, aduziu que o julgamento de 1ª Instância analisou pormenorizadamente, todas as alegações defensivas rebatendo-as uma a uma, e que as glosas de crédito fiscal referem-se às operações interestaduais de aquisição de combustível e de falta de comprovação do ingresso das mercadorias, onde a legislação veda explicitamente essa utilização.

Opinou pelo Não Provimento do presente Recurso Voluntário.

## VOTO

O recorrente argüiu em duas oportunidades que dispositivos da legislação tributária baiana – vedação ao uso de crédito fiscal e multas aplicadas – feririam a Constituição Federal.

Inicialmente, lembro que falece competência a este órgão julgador para declarar a inconstitucionalidade de dispositivo legal (art. 167, I, do RPAF/99).

Assim, até que o órgão competente declare tais dispositivos inconstitucionais, no caso o Supremo Tribunal Federal, para que tal declaração tenha efeito *erga omnes*, estes estão revestidos de constitucionalidade e tem eficácia.

Em relação ao primeiro item, que exige imposto em decorrência da utilização indevida de crédito fiscal, referente às aquisições interestaduais de combustíveis, com substituição tributária, através de notas fiscais sem destaque do ICMS, devo dizer que o recorrente tem razão quando afirma que o art. 93, I, “f”, da Lei n.º 7.014/96 lhe concede o direito ao uso do crédito fiscal nas entradas, inclusive em operações interestaduais, de combustíveis, lubrificantes e óleos, por ser prestador do serviço de transporte.

Ocorre que a legislação estabelece as regras necessárias para o aproveitamento deste crédito fiscal, uma vez que o imposto deve ser recolhido ao Estado de destino de tais mercadorias. Estas regras se encontram, entre outros, no art. 359, § 1º, V, do RICMS/97, e na Cláusula Décima Primeira acrescida ao Convênio ICMS nº 105/92 pelo Convênio ICMS nº 03/97. Entre elas, a obrigatoriedade do destaque do imposto na nota fiscal pelo seu emitente, para que se permita o uso do crédito fiscal pelo destinatário.

Como isso não foi feito, o recorrente está impedido de utilizar este crédito, subsistindo a infração.

Quanto ao item 2, que trata da utilização indevida de crédito fiscal por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou o serviço não ter sido prestado, relativo à Nota Fiscal de n.º 20845, de 27/10/99, emitida pela Trikem S/A, em favor do contribuinte autuado, ficou claro que a emissão desta nota decorreu de indenização arcada pelo recorrente em favor da Trikem, ressarcindo esta pelo prejuízo ocasionado pelo furto da carga.

Foi alegado que esta operação não estaria contemplada entre as hipóteses de incidência do ICMS, conforme art. 3º, IX, da Lei Complementar n.º 87/96, por não se tratar de operação mercantil de circulação de mercadoria.

Não é bem assim.

Realmente, a operação – indenização – não se encontra entre qualquer das hipóteses de incidência do ICMS, mas não se trata da exclusão do campo de incidência previsto no citado art. 3º, IX, da LC n.º 87/96, pois não se enquadra como transferência de bens móveis salvados de sinistro para companhias seguradoras.

Bens móveis salvados de sinistro são aqueles que, após o pagamento da indenização pela companhia seguradora, são recuperados, total ou em parte, e passam a pertencer a esta. A operação de transferência da propriedade destes para a seguradora é que, prevê o mencionado dispositivo legal, não ocorre a incidência do ICMS.

No presente caso, o que ocorreu foi a reparação de dano causado ao contratante do serviço de transporte – a Triken – em razão do furto da carga que se encontrava sob responsabilidade do recorrente. Ou seja, indenização pura e simples, sem transferência da propriedade de qualquer bem.

O grande equívoco está no método utilizado pela Triken para documentar este ressarcimento. Jamais deveria ter emitido a citada nota fiscal, e, menos ainda, destacar e possivelmente recolher o ICMS, pois, no caso de sinistro a legislação prevê o estorno do crédito pela entrada de mercadorias, insumos, etc, que deram origem ao produto sinistrado.

Então, não existe a menor possibilidade do recorrente utilizar este crédito fiscal, pois, como ele mesmo diz, seria o caso de repetição de indébito, garantido no art. 165, CTN, a ser exercido pelo emitente do documento fiscal.

Ainda, a nota fiscal – que jamais deveria ter sido emitida – é inidônea, sim, pois não se refere a uma efetiva operação ou prestação (art. 209, V, do RICMS/97), e o uso do crédito fiscal nela destacado é vedado pelo art. 97, VII, do mesmo Regulamento.

Em relação ao requerimento do cancelamento da multa ao apelo da equidade, este deve ser dirigido à Câmara Superior deste CONSEF, se atendidos os requisitos de admissibilidade do recurso previstos no art. 159, do RPAF/99.

No que concerne à arguição de que a multa não poderia ser exigida, por falta de conduta dolosa do autuado, que estaria acometido de dúvida, esta não pode prosperar, pois foi o próprio contribuinte que, ao invés de utilizar a sistemática da “consulta”, prevista no art. 55 e seguintes do RPAF vigente, preferiu creditar-se do imposto, o que legitima a aplicação de penalidade por descumprimento da obrigação principal, pois a responsabilidade por infração relativa ao ICMS independe da intenção do agente ou beneficiário (art. 59, § 2º, da Lei n.º 7.014/96).

Pelo que expus, meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter a Decisão recorrida.

## 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 EM PARTE**, o Auto de Infração nº **114135.0004/02-0**, lavrado contra **TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGAS ZAPELINI LTDA.**, devendo o recorrente ser intimado a efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$18.523,35**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$10.598,25 e 150% sobre R\$7.925,10, previstas, respectivamente, no art. 42, VII, “a” e V, “b, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de julho de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

CIRO ROBERTO SEIFERT – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR.DA PGE/PROFIS