

A. I. Nº - 114135.0004/02-0
AUTUADO - TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGAS ZAPELINI LTDA.
AUTUANTE - EBERT BARBOSA DE PEREIRA CARDOSO
ORIGEM - INFRAZ SIMÔES FILHO
INTERNET - 25.04.03

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0128-02/03

EMENTA: ICMS. 1. 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 subsistentes, após análise das provas processuais. 2. LIVROS FISCAIS. FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO. MULTA. Infração não caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 26/12/02, exige o montante de R\$ 18.920,45, em razão:

1. da 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. da 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 n.º 20845, de 27/10/99, emitida pela Trikem S/A, em favor do autuado;
3. da multa de R\$ 397,10 decorrente da falta de apresentação dos livros: Caixa, Diário e Razão.

O autuado, em sua impugnação, às fls. 145 a 162, preliminarmente, argüi a imprestabilidade do Auto de Infração por entender que lhe faltam os requisitos formais essenciais.

No mérito, quanto à primeira infração, entende que a vedação do crédito de produto com substituição tributária, prevista no art. 356 do RICMS, implica que a operação seja desonerada. Ressalta que a operação de compra pelo impugnante não foi desonerada do pagamento do ICMS, uma vez que o imposto foi recolhido antecipadamente pela distribuidora. Registra que de acordo com o art. 359 do RICMS o contribuinte substituído não poderia destacar o ICMS em sua nota fiscal, pois seria obrigado a recolher novamente o tributo já recolhido na operação com o distribuidor. Assim, conclui que o art. 356 do RICMS contraria o princípio da não-cumulatividade do ICMS e da legalidade, do que entende que os regulamentos estaduais têm como finalidade principal atingir os funcionários públicos e não os particulares. Cita legislação e doutrina.

Em seguida, invoca o art. 13, § 1º, I, da L/C 87/96, objetivando comprovar que o destaque do ICMS é mera indicação acessória para fins de controle.

Salienta que a vedação ao creditamento fere ao princípio da isonomia, uma vez que trata de forma desigual as operações de venda interna e interestadual.

Por fim, alega que o art. 93, I, “f”, da Lei n.º 7.014/96 (RICMS), dá aos contribuintes do ICMS o direito ao crédito nas entradas de combustíveis, lubrificantes e óleos, utilizados na prestação de transporte, de forma irrestrita, não havendo qualquer exigência de destaque ou restrição em relação às operações em que o ICMS é recolhido sob o regime de substituição tributária,

constatando-se, mais uma vez, a afronta ao princípio da legalidade e a insubordinação do decreto regulamentador à norma reguladora do ICMS no Estado da Bahia.

Quanto à segunda infração, ressalta que o documento não é inidôneo ou falso, conforme enquadramento legal, pois todos os requisitos de emissão foram preenchidos e no campo de descrição dos produtos foi esclarecido devidamente que a emissão da nota decorreu de indenização à Trikem do prejuízo pelo furto de sua carga, arcada pelo autuado, não havendo, em momento algum, má-fé ou falsidade.

Admite até que a forma utilizada não tenha sido a mais correta e que o imposto não deveria ter sido destacado na nota fiscal, visto que o ICMS incide em operações mercantis de compras e venda de mercadorias e não em indenização ou resarcimento por prejuízo (art. 3º, IX da LC 87/96). Assim, entende que o pagamento do imposto foi indevido e, como tal, sujeito a restituição, cujo débito foi pago pelo autuado no momento em que quitou o valor da nota, tornando-se contribuinte de fato, pois assumiu o ônus financeiro (art. 166 CTN), cuja compensação, efetivada pelo impugnante, tem previsão legal (art. 33 da Lei nº 7.014/96) e em nada prejudicou ao erário estadual, sendo tal exigência descabida.

Relativo à terceira infração, aduz que não há comprovação da falta de entrega de documentos pelo autuado, sendo injusta a aplicação da multa. Ressalta que nos autos não ficou claro quantas multas aplicou em razão das pretensas faltas de apresentação. Requer o cancelamento da multa pela aplicação da equidade à Câmara Superior. Aduz que a imposição de multa de 60% ou 150% sobre o valor do tributo tem o caráter confiscatório. Cita legislação, doutrina e jurisprudência.

Por fim, requer a anulação integral do Auto de Infração ou seu cancelamento, por entender que nenhuma infração à legislação tributária cometeu, como também requer a notificação da Trikem para que comprove o pagamento do imposto e, por conseguinte, direito ao crédito, em razão do pagamento indevido do ICMS.

O autuante, em sua informação fiscal, à fl. 179 do PAF, aduz que o Auto de Infração refere-se:

1. a utilização indevida do crédito fiscal, por deixar de atender ao disposto no art. 359, §§ 2º e 3º do RICMS, nos quais constata-se, claramente, a necessidade da emissão de Nota Fiscal de “Recuperação de Crédito” para as aquisições internas de mercadorias com imposto retido ou antecipado ou de estorno para as aquisições em outros Estados;
2. a utilização indevida de crédito fiscal referente a mercadoria alheia à atividade do estabelecimento, conforme art. 97, inciso IV, alínea “b”, do RICMS, e
3. a não apresentação, embora intimado, dos livros contábeis.

VOTO

Da análise das peças processuais, observa-se que o Auto de Infração fora lavrado para exigir o montante de R\$ 18.920,45, em razão da utilização indevida de crédito fiscal através de notas fiscais sem destaque do ICMS, nos exercícios de 1998 a 2000, relativas às aquisições interestaduais de combustíveis com substituição tributária, como também por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento, relativo à Nota Fiscal de n.º 20845, de 27/10/99, além da multa de R\$ 397,10 decorrente da falta de apresentação dos livros: Caixa, Diário e Razão.

Inicialmente rejeito as preliminares de nulidade argüidas pelo autuado, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa.

Também, deve-se ressaltar que não se incluem na competência dos órgãos julgadores, da esfera administrativa, a análise da constitucionalidade das normas, consoante prevê o art. 167 do RPAF, aprovado pelo Decreto n.º 7.629/99.

Quanto ao mérito, temos a tecer as seguintes considerações:

Infração 01 - relativa a utilização indevida de crédito fiscal, no valor de R\$ 10.598,25, através de notas fiscais sem destaque do ICMS, referente às aquisições interestaduais de combustíveis com substituição tributária, conforme demonstrativos e documentos fiscais às fls. 18 a 48 dos autos.

Aduz o defendant que nas operações de compra o ICMS foi recolhido antecipadamente pela distribuidora e que o destaque do ICMS é mera indicação acessória para fins de controle (art. 13, § 1º, I, da L/C 87/96). Salienta que a vedação ao creditamento fere ao princípio da isonomia, uma vez que trata de forma desigual as operações de venda interna e interestadual, e os princípios da legalidade e da não-cumulatividade do ICMS.

Por fim, alega que o art. 93, I, “f”, da Lei n.º 7.014/96 (RICMS), dá aos contribuintes do ICMS o direito ao crédito nas entradas de combustíveis, lubrificantes e óleos, utilizados na prestação de transporte, de forma irrestrita, não havendo qualquer exigência de destaque ou restrição em relação às operações em que o ICMS é recolhido sob o regime de substituição tributária.

Observa-se que o contribuinte, com atividade de transporte rodoviário de cargas, utilizou-se dos créditos fiscais relativos às aquisições interestaduais de óleo diesel, quando do abastecimento de sua frota em Postos de Combustíveis, cujos documentos fiscais, constantes às fls. 20 a 47 dos autos, não consignam qualquer destaque do ICMS.

A legislação estadual prevê para as operações internas de combustíveis destinadas a empresas de transportes para emprego nas prestações de serviço tributadas pelo ICMS, que o documento fiscal poderá conter o destaque do imposto, para aproveitamento do crédito fiscal pelo destinatário, como também poderá o adquirente utilizar-se do crédito fiscal emitindo nota fiscal com o fim de “Recuperação de crédito” (art. 359, §§ 1º e 2º, do RICMS).

Tal dispositivo é compreensível haja vista tratar-se de uma operação interna, cuja retenção do imposto até a operação final foi recolhido em favor do Estado da Bahia, não acarretando qualquer prejuízo ao erário estadual.

Entretanto, tratando-se de operações interestaduais o mesmo não pode ocorrer, sem que ocasionne em prejuízo ao cofre público estadual, caso o recolhimento da substituição tributária, *relativo às operações subsequentes*, não seja revertido à unidade da Federação onde estiver localizado o adquirente, uma vez que a compensação do crédito fiscal pelo consumidor final, na condição de contribuinte do ICMS, não possui uma contrapartida.

Neste sentido, o § 2º do art. 9º da LC 87/96, cujo texto foi reproduzido no § 2º do art. 10 da Lei n.º 7.014/96, prevê que nas operações interestaduais com combustíveis derivados de petróleo, que tenham como destinatário consumidor final, o imposto incidente na operação será devido à unidade da Federação onde estiver localizado o adquirente e será pago pelo remetente, na condição de substituto tributário.

Assim, o Convênio ICMS 105/92, nas cláusulas décima primeira e décima segunda, prevê o procedimento a ser adotado no sentido de calcular o imposto a ser recolhido em favor da unidade federada de destino e indicar na nota fiscal o ICMS a ser recolhido.

Portanto, ficou evidenciado a utilização indevida do crédito fiscal exigido no lançamento do crédito tributário, sendo procedente na íntegra a “Infração 01”.

Infração 02 – relativa a utilização indevida de crédito fiscal, no valor de R\$ 7.925,10, referente à Nota Fiscal de n.º 20845, de 27/10/99, por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento.

Alega o contribuinte a idoneidade do documento fiscal e esclarece que a emissão da nota decorreu de indenização à Trikem, resarcindo-lhe do prejuízo do furto de sua carga.

Admite que o imposto não deveria ter sido destacado na nota fiscal, por não se tratar de operações mercantis de compras e venda de mercadorias, do que entende que o pagamento do imposto foi indevido e, como tal, sujeito a restituição, cujo débito foi pago pelo autuado no momento em que quitou o valor da nota, tornando-se contribuinte de fato, pois assumiu o ônus financeiro, cuja compensação, deu-se através do crédito fiscal.

Preliminarmente, observa-se que resarcimento ao remetente do valor da mercadoria furtada, não é fato gerador do ICMS e, como tal, não enseja o crédito fiscal.

O art. 30, inciso IV, da Lei n.º 7.014/96, estabelece que o sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto creditado sempre que a mercadoria entrada no estabelecimento vier extraviar-se, assim, não caberia ao remetente o alegado pedido de restituição do imposto e, muito menos, ao autuado, já que o resarcimento não é fato gerador do ICMS.

A mercadoria foi furtada o que acarreta a anulação do crédito fiscal a ela correspondente. Além disso, o “POLICLORETO VINILA SUSP. NORV.”, é uma mercadoria alheia à atividade do autuado, o que por si só acarretaria a vedação do crédito fiscal, nos termos do art. 97, IV, “c”, do RICMS, haja vista que não haveria a subsequente operação tributada. Assim, procede a exigência fiscal.

Infração 03 – relativa a aplicação da multa no valor de R\$ 397,10, decorrente da falta de apresentação dos livros: Caixa, Diário e Razão.

Da análise dos Termos de Intimação Para Apresentação de Livros e Documentos Fiscais, constantes às fls. 11 a 15 dos autos, verifica-se que apenas o documento de fl. 15 do PAF consigna a intimação para apresentação do livro Razão, os demais só se reportam à documentação fiscal. Como o livro Razão é um livro facultativo, entendo que o contribuinte não está obrigado a sua escrituração e/ou apresentação.

Portanto, resta provado que o contribuinte não foi intimado para a apresentação dos livros Caixa, Diário e comprovantes de operações contabilizadas, consequentemente, não ficou caracterizado o descumprimento da obrigação acessória de apresentá-los, sendo improcedente a exigência da multa.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 18.523,35, em razão da subsistência integral das exigências relativas às duas primeiras infrações.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE**, o Auto de Infração n.º 114135.0004/02-0, lavrado contra **TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGAS ZAPELINI LTDA.**, devendo o autuado 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 de Sessões do CONSEF, 16 de abril de 2003.

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR – JULGADOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – JULGADOR