

PROCESSO - A. I. Nº 281079.0009/03-9
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e A. M. CASTRO VEÍCULOS E TRANSPORTES LTDA.
RECORRIDOS - A. M. CASTRO VEÍCULOS E TRANSPORTES LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0424-02/03
ORIGEM - INFAZ JEQUIÉ
INTERNET - 29/10/2004

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0277-12/04

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** DOCUMENTO FISCAL INIDÔNEO. Comprovado parcialmente a infração. **b)** AQUISIÇÃO DE MATERIAL PARA USO E CONSUMO. Comprovado tratar-se de aquisição de insumo. Exigência insubsistente. **c)** PRODUTO NÃO ENTRADO NO ESTABELECIMENTO. AQUISIÇÕES FICTÍCIAS DE ÓLEO DIESEL. Acusação fiscal comprovada em parte. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente julgamento de Recurso Voluntário interposto pelo autuado e de Recurso de Ofício da 2ª Junta de Julgamento Fiscal para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/99, tendo em vista o Acórdão JF nº 0424-02/03, em que foi declarada a procedência em parte do Auto de Infração nº 281079.0009/03-9, lavrado em 15/08/2003, no qual se exige o crédito tributário no valor de R\$200.020,48, relativo a:

1. utilização indevida de crédito fiscal do ICMS, no montante de R\$43.113,84, referente a documentos fiscais inidôneos, emitidos pela empresa ZEDAFÓ AUTOMÓVEIS E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA, a qual se encontra com inscrição estadual cancelada, no período de junho a dezembro de 2002, conforme Anexos A e H, às fls. 15 a 34 e 165 a 179 dos autos;
2. multa, no valor de R\$420,00, por haver escriturado sem prévia autorização, no exercício de 2002, os livros fiscais Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS, consoante Anexo B, às fls. 35 a 96 dos autos;
3. multa, no valor de R\$2.230,00, correspondente a 10% do valor comercial da mercadoria, sujeita à tributação, entrada no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, relativa à Nota Fiscal de nº 1597, emitida pela empresa ZEDAFÓ AUTOMÓVEIS E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA, no mês de outubro/02, consoante fl. 98 dos autos;
4. falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$4.326,95, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições interestaduais de mercadorias relacionadas no anexo 88 do RICMS, adquiridas no exercício de 2002, referentes às notas fiscais relacionadas no Anexo D, às fls. 100 a 110 dos autos;
5. utilização indevida de crédito fiscal do ICMS, no montante de R\$9.172,86, referente à aquisição de combustível em outra unidade da federação, material para uso e consumo do estabelecimento, no período de março a dezembro de 2002, conforme notas fiscais relacionadas no Anexo E, à fl. 112 dos autos;
6. utilização indevida de crédito fiscal do ICMS, no montante de R\$140.756,83, por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento nos exercícios de 2001 e 2002, referente às notas fiscais constantes dos Anexos F e G, às fls. 114 a 163 dos autos.

O autuado, requerera parcelamento da segunda, terceira e quarta infrações (fls. 490 a 493), e impugnara as demais, às fls. 265 a 272 do PAF, mediante seguintes razões de defesa:

1. Quanto à primeira infração, glosa de créditos fiscais por encontrar-se o emitente das notas fiscais com a inscrição estadual cancelada, infringido o art. 97, VII do RICMS, aduzira o impugnante que tal dispositivo admite o crédito se houver comprovação de que o imposto destacado foi efetivamente recolhido ou lançado. Entendendo ser dispensável tal comprovação uma vez que se trata de produto sujeito a substituição tributária do ICMS que é antecipadamente recolhido na primeira operação pelas distribuidoras, procura provar que tais notas fiscais foram lançadas, anexando cópia do Registro de Saídas do estabelecimento emitente. A empresa autuada entende assim comprovada a improcedência da acusação fiscal.
2. Quanto à quinta infração, glosa de créditos fiscais em aquisições interestaduais de combustível, tido como material para uso ou consumo do estabelecimento, o defendente alega tratar-se de empresa de transporte rodoviário, o que lhe dá o direito ao crédito do ICMS, consoante determinação expressa do art. 93, inciso I, alínea "f", do RICMS. Assim, conclui, estaria evidenciada a improcedência da acusação fiscal.
3. Quanto à sexta infração, glosa de créditos fiscais por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento, infringido o art. 97, inciso VII do RICMS, reitera as razões de defesa referentes à primeira infração, sobretudo no que concerne à comprovação de que o imposto destacado foi efetivamente recolhido ou lançado, visto que o óleo diesel é um produto com ICMS antecipado pelas distribuidoras e pede a improcedência desta acusação.

Conforme a descrição dos fatos, à fl. 2 do PAF, o contribuinte lançara notas fiscais adquiridas de dois postos de combustíveis distintos, cujos endereços eram idênticos ao do autuado, emitidas pela mesma pessoa, com os mesmos erros de português e com a mesma caligrafia, algumas na mesma data. O autuante, em sua informação fiscal, às fls. 495 a 496, entendera que todas as infrações estavam caracterizadas e comprovadas mediante documentos acostados aos autos, afirmara que o autuado cometera, além do crime de sonegação fiscal, outros crimes tributários previstos na Lei nº 8.137/90, por utilizar-se de documento que sabia ser falso ou inexato e por fraudar o fisco inserindo elementos inexatos em livro exigido pela lei fiscal, reduzindo desta forma o pagamento do ICMS sobre transporte. Solicitara o autuante a manutenção integral do Auto de Infração.

O processo foi submetido a julgamento na 2ª Junta de Julgamento Fiscal, tendo sido afastadas as exigências relativas aos documentos fiscais emitidos durante períodos em que as remetentes estavam com suas inscrições ativas no CAD-ICMS e a exigência relativa ao combustível adquirido para uso ou consumo, por entender o relator tratar-se de insumo, como previsto pela legislação.

O autuado, inconformado com a Decisão de Primeira Instância, ofereceu peça recursal em que reitera suas alegações iniciais e pondera que ser dispensável a comprovação de recolhimento do imposto, por se tratar de produto sujeito à substituição tributária para a frente.

Reclama o recorrente da alusão que fez o relator do processo na Primeira Instância à fungibilidade dos combustíveis pois, quase todas as mercadorias sujeitas à antecipação tributária por substituto, não permitem estreita vinculação com as respectivas remessas, por não terem identificação própria. Alega que as operações subsequentes não guardam relação direta com a operação em que ocorrera a antecipação do imposto e que esta dificuldade resulta do sistema de tributação imposto aos contribuintes. Citando doutrina e jurisprudência de tribunais Superiores o recorrente alega que a antecipação torna o imposto de plurifásico e afirma que a prova deve ser do fisco pois foi ele quem criou a presunção de ocorrência dos fatos geradores nas operações subsequentes e o contribuinte não tem o poder de exigir a prova de outros contribuintes.

VOTO

A fungibilidade dos combustíveis, assim como de outras mercadorias sujeitas à antecipação tributária por substituto, embora não permitam estreita vinculação com as respectivas remessas, por não terem identificação própria, não afastam a necessidade de comprovar-se a origem das mercadorias e a idoneidade dos documentos fiscais. A 2ª Câmara de Julgamento Fiscal diligenciou no sentido de conseguir elementos de prova que pudessem aferir as alegações do recorrente, sem sucesso, em face da ausência de registros, embora os diligentes identifiquem o contador como sendo o mesmo. Por isso, rejeito as alegações do recorrente quanto à inversão da prova, pois os autos revelam estreita vinculação entre o autuado e as empresas envolvidas nas operações reveladas pelo mesmo endereço e continuação das atividades de uma por outra.

Rejeito as alegações do autuado em relação às infrações 1 e 6 de que, por tratar-se de aquisição de óleo diesel, produto sujeito à substituição tributária, cujo ICMS é antecipadamente recolhido quando da realização da primeira operação feita pelas empresas distribuidoras, é admissível a utilização do crédito, uma vez que teria restado comprovado de que o imposto destacado fora efetivamente recolhido ou lançado, porque o direito previsto no art. 97, inciso VII do RICMS pressupõe documento idôneo.

Quanto à Infração 5, referente à utilização indevida de crédito fiscal do ICMS, no montante de R\$9.172,86, relativa à aquisição interestadual de combustível no período de março a dezembro de 2002, considerado material para uso e consumo do estabelecimento, confirmo a Decisão recorrida de que não merece prosperar a acusação fiscal, uma vez que o óleo diesel foi adquirido como insumo imprescindível à atividade de empresa transportadora do contribuinte, consoante dispositivo legal pertinente invocado no voto que dá suporte à Decisão recorrida.

Ante o exposto, confirmo a Decisão recorrida pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$66.490,90, após a exclusão da parcela de junho da primeira infração, a insubsistência da quinta infração e subsistência parcial da sexta infração, devendo-se homologar os valores já recolhidos.

VOTO DISCORDANTE (Infrações 1 e 6)

O Recurso de Ofício versa sobre as infrações 1, 5 e 6. Quanto à infração 5, acompanho o voto do ilustre Relator, porém, em relação às infrações 1 e 6, divirjo do seu posicionamento.

As infrações 1 e 6 tratam de utilização indevida de crédito fiscal: a primeira por serem os documentos fiscais inidôneos, e a segunda por não terem entrado as mercadorias no estabelecimento. Conforme a Decisão proferida pela 2ª JF, foram excluídas da autuação as operações consignadas nas notas fiscais emitidas por ZEDAFÓ AUTOMÓVEIS E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA., quando essa empresa estava com a sua inscrição cadastral ativa, e por CARDOSO SILVA & NETO LTDA., quando esse contribuinte comerciava com combustíveis. A 2ª JF recorreu de ofício para a 2ª Instância, e o autuado interpôs Recurso Voluntário.

Ao apreciar os recursos interpostos, decidiu a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal converter o processo em diligência à ASTEC, para que auditor fiscal estranho ao feito trouxesse aos autos dados, obtidos *in loco*, necessários à formação do convencimento dos julgadores, buscando-se, assim, a verdade material dos fatos.

Analisando os novos elementos trazidos aos autos pela diligenciadora da ASTEC, constato que a decisão da 2ª JF, relativamente às infrações 1 e 6, merece retificação, conforme passo a expor.

Apesar de a empresa ZEDAFÓ AUTOMÓVEIS E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA. estar ativa até junho de 2002 e de a CARDOSO SILVA & NETO LTDA. ter “passado a operar” no ramo de combustíveis, entendo que está caracterizada a utilização indevida de crédito fiscal em todo o período relacionado nas infrações em tela, pois a diligência da ASTEC comprovou que a primeira empresa não tinha registro dos recebimentos das vendas relacionadas nas infrações 1 e 6, ao passo que a segunda não tinha autorização para operar no ramo de venda de combustíveis. Além

disso, as fotocópias do livro Registro de Saídas da ZEDAFÓ AUTOMÓVEIS e da CARDOSO SILVA (fls. 279 a 327) comprovam que não houve débito do ICMS que foi destacado nos documentos fiscais arrolados na autuação. Dessa forma, considero que as notas fiscais elencadas nas infrações 1 e 6 não refletem efetivas operações com mercadorias e, em consequência, que foi indevida a utilização dos créditos fiscais relacionados nessas infrações.

Em face do comentado acima, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício, para restabelecer as exigências fiscais referentes às infrações 1 e 6, mantendo a Decisão recorrida em relação à infração 5.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 281079.0009/03-9, lavrado contra **A. M. CASTRO VEÍCULOS E TRANSPORTES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$63.840,90**, acrescido das multas de 60% sobre R\$4.326,95, 100% sobre R\$29.306,32 e 150% sobre R\$30.207,63, previstas, respectivamente, no art. 42, II, “d”, IV, “j” e V, “b”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais, além das multas nos valores de **R\$2.230,00** com os devidos acréscimos legais, e **R\$420,00**, previstas, respectivamente, no art. 42, IX e XVIII, “a”, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.534/02, devendo-se homologar os valores, comprovadamente, já recolhidos.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros César Augusto da Silva Fonseca, José Carlos Barros Rodeiro, Maria do Carmo Santana Marcelino Menezes e Fauze Midlej.

VOTO VENCIDO: Conselheiros Álvaro Barreto Vieira e Tolstoi Seara Nolasco.

Sala de Sessões do CONSEF, 29 de setembro de 2004.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

CÉSAR AUGUSTO DA SILVA FONSECA – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – VOTO DISCORDANTE (INFRAÇÕES 1 e 6)

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS